DE ROMANORUM JUDICIIS CIVILIBUS DE LEGIS ACTIONIBUS DE FORMULIS ET DE CONDICTIONE

DISSERTATIO HISTORICO-DOGMATICA.

AUCTOR EST

JOANNES JACOBUS BACHOFEN

JURIS UTRIUSQUE DOCTOR.

GOTTINGAE,
IN LIBRARIA DIETERICHIANA.
MDCCCXL.

Scripta est dissertatio ad summos in utroque jure honores ab illustri Jurisconsultorum Basileensium Ordine rite adipiscendos.

AGATHONI WUNDERLICH

ET

JOANNI SCHNELL

JURIS UTRIUSQUE DOCTORIBUS

EJUSDEMQUE IN UNIVERSITATE BASILEENSI PROFESSORIBUS

PUBLICIS ORDINARIIS

HOC OPUS, STUDIORUM PRIMITIAS

GRATO ANIMO OFFERT

AUCTOR.

In omni jure investigando optimum mihi videtur esse, et ad certam scientiam praestantissimum, historiam partis illius, quam quis sibi tractandam proposuit, illustrare. Et possum equidem multorum doctorum virorum hac de re sententias proferre, quae pro me faciunt, possum et jureconsultorum romanorum; sed hac testimoniorum copia supersedendum mihi videtur; spero hunc tractatum ipsum certissimum rei testimonium fore.

Summa actionum divisio in duo genera diducitur; aut enim in rem sunt, aut in personam. Quae in personam sunt, uno nomine condictiones nominari, quae vero in rem, vindicationes, Gajus et Justinianus in institutionibus testes sunt. Actiones vero in personam aut stricti juris sunt, aut bonae fidei, quaedam etiam arbitrariae; quae stricti juris sunt, et ipsae sensu strictiore condictiones appellantur. Unde patet, condictionis duas esse significationes, unam latiorem, quae omnes omnino actiones in personam in sese continet; alteram strictiorem, quae eas tantum comprehendit, quae stricti juris sunt.

Et hoc quidem actionum genus, quod strictiore sensu condictio appellatur, illustrare mihi proposui, et quae ipsi insit natura, unde originem ceperit, quaeque ejus sit historia, exponere.

Quae origo quaeque historia quum arctissime cohaereant cum ipsorum, quibus actiones peraguntur, judiciorum forma atque constitutione, ita ut et actionum et judiciorum civilium historia pari procedat passu;

ideo mihi necessarium videtur, priusquam ad conditionem ipsam illustrandam accedam, antea de judiciis civilibus tractare, qualia ipsa et penes quem fuerint.

Pars I.

DE JUDICIIS.

Ex multis antiquorum scriptorum testimoniis id constat, omnis juris civilis scientiam, omneque litium dirimendarum jus primis urbis temporibus apud collegium pontificum fuisse. Cujus rei testimonia haec habeo: primum quidem Gellius Labeonem referre ait (N. A. libr. XV. c. 27.), calata comitia pro collegio pontificum habita esse; unde patet, penes eos primum totius reipublicae regimen fuisse. Hujus vel maxima pars in ipsa jurisdictione posita erat, cui pontifices praefuisse, expressis verbis testatur Pomponius in l. 2. §. 6. D. de orig. jur. idemque et alia confirmant; inter quae imprimis refero antiquissimam illam et generalem legis actionem, quae sacramento fiebat. Ipsum enim nomen testimonium est, hanc legis actionem e jurisdictione sacerdotum originem traxisse. Sed nec alia testimonia desunt: sacramenti summam apud pontifices depositam esse, Varro ait (de ling. latin. V, 36); eamque in ipsorum aerarium cessisse, plus quam probabile est, quum et postea in publicum eandem cessisse e Gajo (lib. IV. §. 13) compertum habeamus. Quin inde potissimum sumebatur, unde sacra diis fierent. Porro illa legis actio generalis eademque vetustissima erat. Nam quod Pomponius l. c. affert, e XII demum tabulis fluxisse legis actiones, ita interpretandum existimo, ut, quod jam antea diutissime observaretur, id a decemviris demum scripto firmatum fuisse dicamus. Cujus rei haud parvum testimonium illud esse affirmaverim, quod et apud graecas civitates plurimas eadem judicii actionisque consuetudo invenitur. Quod enim Romanis sa-

tramentum dicebatur, illi πρυτανεῖα vocabant, vel in appellationibus specialiter παραβόλιον. Quod vetustatis argumentum mirum in modum vel eo firmatur, quod eadem pecuniae summa eademque temporum intervalla et apud Graecos obtinuisse dicuntur, quae et Romanis in usu fuisse Gajus testis est. Hac quidem generali eademque vetustissima legis actione omnia omnino privatorum jurgia controversiaeque dirimebantur, cujus rei expressa testimonia nobis exhibent Dionysius (antiq. rom. lib. II. c. 28) et Festus s. v. maximus pontifex. Festi enim res, „quae ad sacra et religiones pertinent," et Dionysii „ἱεραὶ δίκαι" non solum illas actiones continent, ut primo aspectu quis credat, in quibus specialiter ac proprie religionum sacrorumve quaestio vertitur, sed omnes omnino privatarum rerum controversias. Quicunque enim temporibus illis obligationem quandam contrahere, vel, ut generaliter dicam, quodcunque negotium ad privatas res pertinens gerere volebant, eos ad aram maximam accessisse ibique sub sacerdotum auctoritate et in deorum paene conspectu, quod intendebant, perpetrasse, idem Dionysius (I, 40) testis est. Quorum vero auctoritate privatarum rerum negotia contrahebantur, eorum itidem sententiis, quae inde emergerent, controversias dijudicatas esse, neminem profecto mirum habebit. Pontificum igitur erat interpretatio, Cicerone (de harusp. resp. c. 7) teste: „ut iidem habeant judicum potestatem." Unde intelligitur, qua ratione factum sit, ut multa eorum, quae ex medio sunt jure civili, ex pontificum auctoritate fluxisse dicerentur. Nemini enim dubium esse potest, fastos nefastosque dies, quos et postea in jurisdictione semper observare necesse erat, a sacerdotibus jam designatos observatosque fuisse. Alia porro exempla ipse Cicero, libro I de legibus offert: „placuisse, ait, P. Scaevolae et Coruncanio, pontificibus maximis, itemque ceteris, qui tantumdem ca-

peret, quantum omnes heredes, sacris alligari." Sed hoc propius ad sacerdotum jus accedit. At jam illud, quod ipse Mucius pontifex idem de cautione illius, qui testamentum facere volebat, admonet, nil ad pontificium jus, sed e medio est jure civili. —

Nunc vero satis mihi probasse videor, quantum sc. in tanta temporum obscuritate fieri potest, omnem jurisdictionem sicut omnem juris civilis scientiam apud collegium pontificum fuisse, ibique homines generali legis actione per sacramentum de omni jurgio inter sese disceptare solitos esse.

Quaeret autem quis, num jam in hac antiquissima jurisdictione eadem, quae postea, divisio inter jus et judicium intercesserit, eademque jam tum apud pontifices duplicis judicii forma atque consuetudo obtinuerit. Quod mihi non videtur. Gajus enim de sacramenti legis actione tractans, quam unicam illis temporibus fuisse dixi, ante legem pinariam „numquam" (ut eruditiores legendum censent) judicem datum fuisse tradit; unde, mea quidem sententia, nil aliud effici potest, quam antiquissimis temporibus, ubi rariores certe erant privatarum rerum controversiae, totam litem a pontificum collegio non instructam tantum, sed ab iisdem et dijudicatam fuisse, ita ut, si a postea obtinente consuetudine comparationem sumere licet, duplici persona pontifex maximus ejusque collegium functum videatur et praetoris et judicis. Sed postea ex pinaria judex dabatur; qua ex causa, nequaquam liquet; credo tamen, quia hoc solum modo pontifex maximus crescenti in dies multitudini controversiarum sufficere valebat. Pari modo de tempore latae legis nequaquam constat. Nec tamen singula indicia deesse puto, quibus probetur, pontificibus adhuc summam jurisdictionis obtinentibus, hanc immutationem lege illa pinaria factam esse. Et sicut supra sacramenti nomen, ita et hic nomen ipsum legis indicio est.

Gens enim pinaria, a Hercule ipso edocta, ad aram maximam, ubi contractus et negotia celebrabantur, sacra facere solebat.

Hujus igitur gentis sacerdote rogante, lex illa comitiis calatis lata esse videtur. Accedit et aliud indicium. Quod ut palam fiat, conferenda inter se, quae Gajus libr. IV. §. 15. de constitutione judicii secundum legem pinariam affert, et illa quae apud Asconium in Ciceronis verrinam II. c. 1., et apud Gellium Noct. Attic. libr. X. c. 24. §. 9., leguntur. E Gaji l. c. patet, litigatores, quum invicem sese sacramento provocassent, tum in diem XXX. denuo ad judicem capiundum adesse jussos esse; postea tamen, quam judex datus esset, comperendinum, i. e. tertium diem, ut ad judicem venirent, denuntiasse. Haec quidem dierum intervalla, quae lex pinaria constituit, a pontificibus servata esse, ex locis Asconii Gelliique citatis effici potest. Asconium enim non nisi de pontificibus loqui, ex iis, quae infra disseram, apparebit; Gellius vero expressis verbis sacerdotum mentionem facit. —

Jam ad alia properemus, a pontifice maximo ad Servium regem, a judiciis illorum antiquissimis ad centumviralia, quae vocantur. Servius Tullius rex de libertate plebis romanae imprimis sollicitus, omnem multitudinem in V classes distribuit secundum uniuscujusque bona fortunasque; itaque rempublicam, quam soli adhuc patricii tenuerant, quodammodo et plebi communicavit, ita tamen ne plurimum valerent plurimi. Haec nova plebis libertas ut quam maxime firmaretur, et alia quaedam pacis opera, censu finito, aggressus est. Primum quidem non corpus ut antea, sed res debitoris ob aes alienum creditori obnoxias esse jussit; deinde vero plebi dedit proprium judicium, quod disceptaret de omnibus, quaecunque ad augendum minuendumve censum, quem ipse ordinaverat, valere vide-

runt. Quae quamquam per se ad obligationum quoque jura referri possunt, tamen ex sequentibus interpretationem certam accipiunt. — Idem et alii Ciceronis loci testantur, e. g. epist. ad divers. lib. VII. 32.; pro Milone c. 27. — Ceterum per hoc judicium id solum, quod quisque ex jure Quiritium suum esse affirmabat, vindicari poterat; nam quod in bonis tantum est, id „suum" non esse, Gajus libr. IV. §. 34. docet. —

II. Litis contestatione tolli omnem obligationem nec potius novari, ex Gajo constat, et ideo, si probavero, in causis centumviralibus litis contestationi locum non fuisse, consequenter et id accipi debet, nullas obligationes in hoc judicium deductas esse. Litis autem contestationi legem illam pinariam originem dedisse pro certo affirmandum est; nam quum adhuc nulla esset talis judicii divisio, qui testibus ordinati judicii opus fuerit, non video. Res ita enim sese habebat. Praetor, quem decemviris ut perpetuo consilio usum fuisse, infra probabo, actori judicium Cvirale postulanti post deliberationem cum consilio habitam, aut dabat quod postulabatur aut denegabat. Priore autem casu ipse cum decemviris centumvirali judicio praesidebat, remque praesens instruebat. Quod in tali constitutione judicii testibus spatium, quae necessitas relinquebatur? neque hujus rei ego Plinio solo teste utor, qui (epist. V. 24.) praetorem centumviris praesedisse affirmat; sed et auctore incerto dialogi de claris oratoribus c. 38. Denique ipsam rei necessitatem ut praestantissimum testem laudo. In tanta enim judicum multitudine sine praeside agi non posse, quis est qui non videat? In cujus vero personam hoc munus conferendum erat, nisi in praetoris, qui liberae reipublicae temporibus omni jurisdictioni praeerat? — Solebat tamen actor, quum praetori desiderium suum exposuisset, reum ad subscribendum secum

judicium centumvirale provocare, cujus rei exemplum affert Plinius epist. V. 1. his verbis: „post hoc ille (sc. Assudius Curianus, qui inique se ab matre exheredatum putabat) cum ceteris subscripsit Cvirale judicium, mecum non subscripsit." Quae res et ipsa argumento est, nullum in Cvirali judicio usum fuisse litis contestationis.

III. Nec minus ejusdem rei argumentum esse puto, quod formulae, quibus, legis actionibus sublatis, Romani utebantur, in personam tantum conceptae primis temporibus inveniuntur. Inde enim sequitur, agentes in rem et postea legis actione usos fuisse. Post legem vero aebutiam et duas julias lege agebatur tantum si centumvirale judicium fuerit provocatum: unde necessario sequitur, hoc judicium de actionibus in rem tantum judicasse.

IV. In Cviralibus judiciis hastam praepositam fuisse, Gajus libr. IV. §. 16 testis est. Erat autem hasta signum quoddam justi dominii; unde ipsum judicium Cvirale hastae judicium aut Cviralis hasta vocatur. arg. Valer. Maxim. lib. VII. c. 8. §§. 1, 4.

V. Idem colligit qui Gaji fragmenta IV. §. 95. et IV. §. 100. inter sese comparat. Verba haec sunt: „ceterum si apud Cviros agitur - - -" tum „haec ita si in rem agatur." Opponitur statim: „si vero in personam." Unde necessario sequitur, apud Cviros de re actum fuisse.

VI. Inde etiam lux accedit Plinii loco supra citato libr. VI. 33. Qui enim de rerum dominio neque de obligationibus judicant, iis extra ordinem tantum et perraro necessitatem computandi obvenire tabulasque et calculos poscendi, manifestum est.

VII. Post legem aebutiam duasque julias tantum ex duabus causis permissum erat, lege agere, damni infecti sc., et si Cvirale judicium fuerit provocatum; arg. Gaj. IV. §. 31. Opponuntur hoc loco cau-

sae Cvirales et actio damni infecti. Qua ex causa? quaeritur. Respondeo, quia damni infecti actio in personam erat, centumvirales autem causae in rem habebantur.

Sed quum jam probatum sit, actiones in rem inter centumvirales causas numerandas esse, transeamus nunc ad causas liberales. Quas antiquis temporibus eodem judicii genere, sc. per vindicationem fuisse tractatas, jam ex virginiana illa causa (Livius libr. III. c. 44 - 48.) nemini ignotum esse potest. Nil igitur mihi exspectatius venit, quam illud Ciceronis: insignis impudentiae esse, jactare sese in causis Cviralibus illum, „qui quare civis aut peregrinus, servus aut liber quispiam sit, ignoret". Cum his igitur status quaestionibus tutelarum, gentilitatum et agnationum causae antiquo praesertim jure arctissime cohaerent, quas et ipsas in judicio Cvirali versatas esse, idem eodem loco testatur. Quin etiam testamentorum ruptorum aut ratorum quaestio, quam in Cvirorum provinciam cecidisse, non Cicero solum, sed et multa digestorum fragmenta testantur, saepissime status quaestionem ut praejudicialem requirit.

Quem autem supra de pontificum jurisdictione disserens ordinem institui, sc. ut primum quas lites dijudicaverint, deinde qua legis actione apud eos disceptatum fuerit, quaererem: eundem nunc in Cvirali judicio sequi animus est. Videamus igitur de legis actione. Tempore autem illo, quo Servius rex centumvirale judicium primum instituit, nulla adhuc alia legis actio in usu erat quam illa prima, quae per sacramentum fiebat. Eadem igitur ad Cvirale judicium translata et, ut Gajus attestatur, diutissime ibi observata est. Gaji verba haec sunt: „ideo quum ad Cviros itur, ante lege agitur sacramento apud praetorem". Gaj. IV. §§. 31, 95., Valer. Maxim. lib. VII. c. 7. §. 2; VII. c. 8. §. 2. —

Quae adhuc de Cvirali judicio disserui, interna hujus judicii constitutioni optime conveniunt. Et meminimus quidem, lege pinaria introductum esse, ut unus judex ad litem dirimendam daretur, cum antea non nisi a toto pontificum collegio juris controversiae dijudicatae essent. Cvirorum autem collegium nunquam eo pervenisse, ut de singulis litibus singulos judices instrueret, inter omnes constat. Cujus diversae consuetudinis hanc causam esse credo, quod Cviri de actionibus in rem et de personarum statu judicabant, judices singulares vero de obligatione. Obligationis enim natura ea est, ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum, quae causa unam tantum quaestionem recipit, num aliquis ad eam summam solvendam sit obligatus, quam actor intentione sua comprehendit, an non sit obligatus. Quodsi non ad libellum probatur, tantum deberi quantum intenditur, absolvendus est reus. Quo strictiore autem jure judicandum est, eo simpliciores facilioresque judicis partes. Longe aliter, si in rem vel de personae statu agatur. Dominii enim quaestio multifariam requirit judicantis ultro citroque tentationem explorationemque, neque sufficit tam simplex rei examinatio. Quaenam simplicior et ad dijudicandum facilior actio, num illa, qua Numerium Negidium C. ex stipulatione mihi debere intendo, an illa, qua Titius rem suam esse petit vel Sejo status quaestionem movet? Nemo profecto has duas de dominio et personae statu quaestiones longe majoribus implicitas esse solere difficultatibus, negabit. Quae differentia et manifestior fit exemplo, quod in institutione oratoria Quinctiliani libr. VII. c. 1. invenio. Tractans enim de exheredationis specie, quae pro utraque parte faciant, diligenter examinat, apponitque ita, ut velut judicis officio fungi videatur.

Jam rem quo volui deduxi. Illi enim strictissimi juris quaestioni, quae angustissimis formulae verbis

continetur, unus bene sufficit judex. Neque sufficit tantum, sed et compluribus aptior est. Quae vero difficiliores causae ultro citroque judicantis animum trahunt, hae a compluribus et commodius et plenius tractantur, et ideo in his ipsa causarum natura totum judicum collegium requirit. Idemque et alia necessitas suadet. Examinatio enim quo magis varia magisque multiplex, eo liberius solutiusque judicantis arbitrium. Quod solutioris arbitrii periculum ut minueretur, non unus judex, sed centum, qui hac de re cognoscerent, sunt constituti a rege Servio. Non enim in unius viri arbitrium bona statumque civium conferre voluit; sed majorem civium multitudinem velut populum ipsum hac de re judicem instituit. Eadem autem ratione et post legem aebutiam duasque Julias apud centumviros semper per sacramenti legis actionem litigatum est. Quum enim ea esset causarum Cviralium natura, ut solutius judicantium arbitrium requirerent, in certae formulae angustissimos terminos includi non posse videbantur. — Quo solutius vero et liberius judicis arbitrium, eo favorabiliores oratorum partes. Nam ubi omnia ex strictissimo jure solutionem effectumque sibi sumunt, nil spatii suadenti dissuadentique oratori relinquitur; ubi vero ex animi sententia potius et ex aequitate judicandum est, ibi oratores plurimum valent; quin immo in eorum nominibus omnia sita sunt. Tenet enim aures vel mediocris orator, sit modo aliquid in eo: nec res ulla plus apud animos hominum quam ordo et ornatus orationis valet. Haec vero Cviralis judicii causa et conditio erat. Cujus rei ex ipsorum antiquorum scriptis exempla laudabo. Facem praeferat Cicero, qui compluribus simul locis: de oratore lib. I, c. 57; II, 32; Brut. c. 52, 53, eandem talem speciem narrat. Testator quidam M.' Curium quendam ita heredem instituit, si pupillus antea mortuus esset, quam in suam

tutelam venisset. Ille vero, de quo cogitaverat, pupillus natus non est. M.' Curius conditionem, sub qua institutus erat, impletam credens, hereditatem ex testamento suam esse petebat. Contra vero heres ab intestato, cui Coponio nomen erat, testamentariam nullam esse successionem, sibi vero ab intestato obvenisse, defendebat. Res ad Cviros deducta est. Pro Coponio Scaevola dixit. Qua de oratione Cicero: „quid ille non dixit, ait, de testamentorum jure? de antiquis formulis? quid quemadmodum scribi oportuisset, si etiam filio non nato heres institueretur? quam captiosum esse populo, quod scriptum esset negligi, et opinione quaeri voluntates, et interpretatione disertorum scripta simplicium hominum pervertere? quam ille multa de auctoritate patris sui, qui semper jus illud esse defenderat? quam omnino multa de conservando jure civili? quae quidem omnia quum perite et scienter, tum ita breviter et presse et satis ornate et perdiligenter diceret, quis esset in populo qui aut exspectaret aut fieri posse quidquam melius putaret? — At vero tu contra Crassus ab adolescente delicato, qui in litore ambulans scalmum reperisset, ob eamque rem aedificari navem concupisset, exorsus est: similiter Scaevolam ex uno scalmo captionis centumvirale judicium hereditatis effecisse, hoc in illo initio consecutus, multis ejusdem generis sententiis delectavit animosque omnium, qui aderant, in hilaritatem a severitate traduxit. Deinde hoc voluisse eum, qui testamentum fecisset, hoc sensisse, quoquo modo filius non esset, qui in suam tutelam veniret, sive non natus sive ante mortuus, Curius heres ut esset: ita scribere plerosque, et id valere et valuisse semper. Haec et multa ejusmodi dicens fidem faciebat. Deinde aequum bonum, testamentorum sententias voluntatesque tutatus est; quanta esset in verbis captio, quum in ceteris rebus tum in testamentis, si negligerentur vo-

luntates, quantam sibi potentiam Scaevola assumeret, si nemo auderet testamentum facere postea nisi de illius sententia. Haec quum graviter tum ab exemplis copiose, tum varie, tum etiam ridicule et facete explicans, eam admirationem assensumque omnium movit, dixisse ut contra nemo videretur". Sed hic aliquantulum subsistamus, priusquam ad alia properemus exempla. Testimonium enim est perspicuum, non verba solum tenere, sed solutius aquitatem sequi solitos esse Cviros. Causa enim, ut Cicero ait, talis fuit, ubi si verba non rem sequeremur, confici nil posset; in qua quid juris civilis scientia Crasso profuerit, non intelligitur; dicendi vis egregia summa festivitate et venustate conjuncta profecit. — Et hanc quidem Cviralem causam Cicero ipse sibi in orat. pro Caecinna c. 18. exemplum sumit, quod testimonio sit, non ex verbis aptum pendere jus, sed verba servire hominum consiliis et voluntatibus. „Ornate, inquit, et copiose L. Crassus, homo longe eloquentissimus, paulo antequam nos in forum venimus, judicio Cvirali hanc sententiam defendit, et facile quum contra eum prudentissimus homo, Q. Mucius diceret, probavit omnibus, M.' Curium, qui heres institutus esset ita: mortuo postumo filio, quum filius non modo non mortuus, sed ne natus quidem esset, heredem esse oportere. Quid? verbis satis hoc cautum erat? minime. Quae res igitur valuit? Voluntas; quae si tacitis nobis intelligi posset, verbis omnino non uteremur: quia non potest, verba reperta sunt, non quae impedirent, sed quae indicarent voluntatem". Unde patet, leniorem illam et aequitati magis convenientem, a verbis vero abhorrentem sententiam apud Cviros obtinuisse. — Item C. Albutius Silus, Novariensis, clarus orator, de quo Suetonius in claris oratoribus pauca narrat, in lite quadam Cvirali adversario, quem ut impium erga parentes incessebat, jusjurandum quasi per figuram ita

obtulit: „jura per patris matrisque cineres, qui inconditi jacent," et alia in hunc modum. Quae legentibus statim Ciceronianum illud in mentem venit, ubi: „credo, inquit, in illa militis causa, si tu aut heredem aut militem defendisses, ad hostilianas te actiones, non ad tuam vim et oratoriam facultatem contulisses. Tu vero, vel si testamentum defenderes, sic ageres, ut omne omnium testamentorum jus in eo judicio positum videretur; vel si causam ageres militis, patrem ejus, ut soles, dicendo a mortuis excitasses; statuisses ante oculos; complexus esset filium, flensque eum Cviris commendasset: lapides mehercule omnes flere ac lamentari coegisses, ut totum illud: uti lingua nuncupassit, non in XII tabulis, quas tu omnibus bibliothecis anteponis, sed in magistri carmine scriptum videretur."

Hic a me impetrare non possum, quin et aliam Cviralis judicii causam et exempli raritate et descriptionis perspicuitate insignem citatis addam. Sumtum est exemplum ex Plinii epist. libr. VI. 33. „Accia Variola, femina splendide nata, nupta praetorio viro, exheredata ab octogenario patre, intra undecim dies, quam ille novercam ei, amore captus, induxerat, quadruplici judicio bona paterna repetebat. Sedebant judices centum octoginta: tot enim quatuor consiliis conscribuntur: ingens utrimque advocatio et numerosa subsellia: praeterea densa circumstantium corona latissimum judicium multiplici circulo ambibat. Ad hoc stipatum tribunal atque etiam ex superiore basilicae parte, qua feminae qua viri et audiendi, quod erat difficile et quod erat facile, visendi studio, imminebant. Magna exspectatio patrum, magna filiorum, magna etiam novercarum. Secutus est varius eventus. Nam duobus consiliis vicimus; totidem victi sumus. Notabilis prorsus res et mira: eadem in causa, iisdem judicibus, iisdem advocatis, eodem tempore tanta diversitas

accidit casu, quod non casus videretur. Victa est noverca, ipsa heres ex parte sexta; victus Suberinus, qui exheredatus a patre singulari impudentia alieni patris bona vindicabat, non ausus sui petere." Hoc in judicio Acciae Variolae causam egit Plinius junior, qui orationem, quam pro ea habuit, maximam et copia rerum et arguta divisione et narratiunculis et eloquendi varietate renovatam Romano suo scribit. „In qua dedimus, inquit, vela indignationi, dedimus irae, dedimus dolori; et in amplissima causa, quasi magno mari pluribus ventis vecti sumus." Idem alio loco gloriatur: „frequenter agenti mihi evenit, ut Cviri, quum diu se intra judicum auctoritatem gravitatemque continuissent, omnes repente quasi victi coactique consurgerent laudarentque." Plin. Epist. lib. IX. 23. — Haec vero, quae apposui, exempla, ut amplissimus Commentarius locum quendam Quinctiliani illustrant. „Quibusdam, inquit, judiciis, maximeque capitalibus et apud Cviros, ipsi judices exigunt sollicitas et accuratas actiones, contemnique se, nisi in dicendo etiam diligentia appareat, credunt; nec doceri tantum, sed etiam delectari volunt." — Quid mirum igitur, quod idem Quinctilianus ex Cviralibus potissimum causis sibi exempla sumat, in quibus eloquentiae praecepta discipulos edoceat? Et in hoc genere jam Cicero testis est, pueros apud magistros exercitos esse omnes, quum in ejusmodi causis alias scriptum, alias aequitatem defendere docerentur. — Alia porro exempla Valer. Maxim. libr. VIII, c. 1. pr.; VII, 4. §. 1. narrat. — Ad hoc denique Cvirale judicium referenda sunt quae Tacitus tam concinne notat. Transiens enim ad formam ac consuetudinem veterum judiciorum, „eloquentiam, ait, illud forum magis exercuisse, in quo nemo intra paucissimas horas perorare cogebatur, et liberae comperendinationes erant, et modum dicendi sibi

quisque sumebat et numerus neque dierum neque patronorum finiebatur. Et haec ita, donec longa temporum quies et continuum populi otium et assidua senatus tranquillitas et maximi principis disciplina, ipsam quoque eloquentiam sicut omnia alia pacaverat." — Ex illo vero libero judicantium arbitrio, quod aequitatem stricto juri praeposuisse, exempla illa luce clarius demonstrant, et alia res fluere coepit. Ex judicandi enim consuetudine Judicium Cvirale sibi ipsi jus constituit, secundum quod certum aliquod controversiarum genus dijudicaret. Novum igitur jus certis ex causis sine ulla lege solo judicantium consensu introductum est, cujus rei haud contemnendum sane exemplum inofficiosi querela exhibet. Quam quidem ex Cvirorum arbitrio originem traxisse, nonnulla sunt, quae probant. Taceo enim de significatione verbi querela; et de illa voce inofficiosi nil aliud notabo, quam et ipsam aperte aequitatem designare pietatemque, cui nil cum strictissimo illo jure commune est. Laudabo solum verba principii I. de inoff. testam.: „quia plerumque parentes sine causa liberos suos exheredant vel omittunt, inductum est, ut de inofficioso testamento agere possint liberi, qui queruntur, aut inique se exheredatos, aut inique praeteritos, hoc colore, quasi non sanae mentis fuerint, quum testamentum ordinarent. Sed hoc dicitur non quasi vere furiosus sit, sed recte quidem fecerit testamentum, non autem ex officio pietatis. Nam si vere furiosus sit, nullum testamentum est." Inductum esse dicit imperator; a quo non addit. Sed non ex praetoris jurisdictione hoc juris subsidium fluxisse, Theophili paraphrasis in hunc loc. testis est. „Nam si quis, notat, ex ascendentibus per masculos, aliquem ex liberis exheredaverat, neque ipso jure invalidum erat testamentum, neque ab intestato filius venire poterat, nam quomodo, cum testamentum extaret? neque

praetor B. P. contra tabulas dabat: praeteritis enim, non exheredatis ea dabatur. Quod si mater erat testatrix, ne cogitare quidem poterant hi, qui per matrem descendebant, de B. P. contra tabulas: adversus enim testamentum feminae liberis B. P. contra tabulas non datur. In extremum igitur subsidium inductum est, ut liberi de inofficioso testamento agere possint. . . . Verum tunc demum utiliter intendunt inofficiosi querelam, quum omni auxilio destituti sunt. Nam ultimum adjutorium est Q. I." — Praeterea et alia certissima illius originis indicia prae se fert Q. I. Quid enim juri civili magis potest esse contrarium, eundem et pro parte testatum, pro parte intestatum decedere, quarum rerum naturaliter inter se pugna est, testatus et intestatus. Quod tamen Cviris nequaquam absurdum visum esse, Paulus, Papinianus et Ulpianus aeque testantur; arg. l. 5, 19, 24. D. de inoff. testa. Haec vero Cviralis judicii in jure novo constituendo vis atque auctoritas et ipsa testimonio est, hos de populo lectos judices velut populi ipsius instar obtinuisse et populi ipsius legum ferendarum jus pro parte sibi vindicasse. —

Ipsa autem, quae attuli, Pauli, Papiniani et Ulpiani fragmenta quaestionem movent, quomodo fieri potuerit, ut filius, inofficiosi querela adversus duos heredes mota, diversas sententias judicum tulerit, et unum vicerit, ab altero vero sit superatus? Cujus diversitatis exempla et alia nobis obvia sunt. In illa enim de Variolae hereditate causa secutus est varius eventus. Nam duobus consiliis vicimus, Plinius narrat, totidem victi sumus. Notabilis prorsus res et mira: eadem in causa, iisdem judicibus, iisdem advocatis, eodem tempore tanta diversitas accidit casu, quod non casus videretur. — Idem Marcellus testatur in L. 10. D. de inoff. testam. „Si pars judicantium de inofficioso testamento contra testamentum, pars secundum id sententiam dederit, quod interdum fieri

solet, humanius erit, sequi ejus partis sententiam, quae secundum testamentum judicavit, nisi si aperte judices inique secundum scriptum heredem pronuntiasse apparebit." Ita et Ulpianus in l. 24. D. eod. „Circa inofficiosi querelam evenire plerumque assolet, ut in una eademque causa diversae sententiae proferantur." Ita et Julianus in L. 30. D. de liber. caus. speciem proponit, secundum quam, duobus petentibus hominem in servitutem pro parte dimidia separatim, uno judicio liber, altero servus judicatus est. — Papinianus in l. 29. pr. D. de except. rei judic. tenere posse, ait, inofficiosi querelam alterum ex coheredibus; aut etiam, duobus separatim agentibus, alterum obtinere posse. Conf. praeterea l. 13. C. de inoff. testam. — Cvirale autem judicium in quatuor consilia vel, ut alias nominantur, tribunalia, discedebat: unde totum Cvirale judicium a Plinio Epist. libr. VI. 33. quadruplex consilium dicitur. — Argumento est primum illa saepius jam laudata Plinii epistola his verbis: „sedebant judices centum octoginta: tot enim quatuor consiliis conscribuntur." Deinde: „duobus consiliis vicimus, totidem victi sumus." Neque minoris facio Quinctiliani testimonium Inst. orat. lib. XII. c. 5. fin.: „certe quum in basilica julia diceret primo tribunali, quatuor autem judicia, ut moris est, cogerentur, atque omnia clamoribus fremerent . . ., laudatum quoque ex quatuor tribunalibus memini." Ad haec consilia Papiniani verba sunt referenda in l. 76. pr. D. de legat. (I): „cum filius divisis tribunalibus actionem inofficiosi testamenti matris protulisset, atque ita variae sententiae judicum exstitissent . ." Eodem et illud, quod ex Valerio Maximo libr. VII. c. 7. §. 1. compertum habemus: militem quendam, peractis stipendiis, domum reversum, cum exheredatus errore patris domum sibi impudentia amicorum clausam reperisset, cum improbissimis heredibus de paternis bonis

apud Cviros contendisse, „omnibusque non solum consiliis, sed etiam sententiis superiorem discessisse." Hujus ejusdem causae Cicero de orat. libr. I, c. 38. mentionem facit; unde apparet, illam quadruplicem Cviralis judicii divisionem jam liberae reipublicae temporibus in usu fuisse. — Jam quem ad finem quadruplex haec divisio facta sit, videamus. Quodsi meminerimus de juribus rerum personarumque statu hoc judicium judicasse, postea vero in testamentorum ratorum aut ruptorum potissimum jure esse versatum, nullam porro neque aptiorem causis ipsis neque accuratae rerum investigationi favorabiliorem judicii dispositionem invenire possumus. Saepe enim in hominum controversiis accidit, ut plures simul juris quaestiones consurgant aut ita, ut altera alteri sit praejudicialis, aut ita, ut complurium unaquaeque sua vi ac potestate constet. Finge talem speciem: testamento tres sunt scripti heredes; filius praeteritus adversus omnes I. Q. movet; vel duo eundem hominem in servitutem vindicant; vel etiam tres filii contra unum scriptum heredem I. Q. movent. In talibus igitur speciebus singulae quaestiones singulis consiliis vel tribunalibus sunt dijudicandae addictae. — Advocatorum autem orationes, si res patiebatur, pro quadruplici consilio habebantur, ita ut a cunctis simul audirentur. Sed peractis oratorum partibus, cum in consilium abiretur, nil iis commune; pro se unumquodque tribunal consultabat; et quod majori parti judicum uniuscujusque consilii placebat, inde finalis judicii sententia efficiebatur. In pari vero judicantium numero humanius esse, Marcellus l. c. ait, sequi ejus partis opinionem, quae secundum testamentum pronuntiaverit. — In quam autem sententiam unumquodque consilium abierat, ea per se firma manebat; et ideo trium consiliorum consonanti sententiae quarta diversa cedere non cogebatur. Heres ergo, contra quem tres filii inofficiosi querela

obtinuerunt, si quartus contra victus est, pro quarta parte ipse victor et heres intelligitur. Idem porro obtinuisse, si diversae inter se causae a singulis consiliis tractatae sint, nemo sanus dubitat. Sed id inter doctos ambigitur, num de causa, quae divisionem non recipiat, Cvirale judicium in pleno cognoverit. Arbitror equidem, neque argumenta deesse puto, tali causae, si minor fuerit vilisque admodum, vel unum solum tribunal suffecisse; si contra major fuerit, ut Acciae Variolae, quam Plinius narrat, unumquodque tribunal pro se sententiam tulisse, eamque pro quarta sc. parte jus fecisse. — Jam si quaeramus, quando haec quadruplex divisio facta sit primum, et qua ratione quatuor tribunalium numerus sit electus, nulla antiquorum hac de re expressa testimonia exstant. Ego de duabus his quaestionibus conjunctim pauca notabo. — Vidimus enim jam supra, tribus judicibus ex unaquaque tribu electis, hos nonaginta judices una cum decemviris Cvirorum numerum explesse. Ideo plus quam probabile videtur, jam inde ab initio nonaginta judices in tria consilia fuisse divisos et decemviros ut quartum consilium his tribus accessisse. Quod me ne aliquotenus quidem probaturum video, nisi prius exposuerim, qua ratione ductus ipsos decemviros stlitibus judicandis inter Cviros referam, iisque ut partem vindicem. — Ut a minoribus ad majora argumenta progrediar, ab ipsa nominis significatione incipiam. Litem enim proprie rem esse, Varro de L. L. lib. VI. probat his verbis: „Quibus res erat in controversia, ea vocabatur lis. Ideo in actionibus videmus dici, quam rem sive litem dicere oportet. Unde Cicero occasionem maledicti arripiens: „jam illud, inquit, mihi quidem mirum videri solet, tot homines tam ingeniosos, per tot annos etiam nunc statuere non potuisse, utrum diem tertium, an perendinum, judicem an arbitrum, rem an litem dici oporteret." Lis ergo in

rem actio proprie vocabatur; ipsa enim vox actio ad in personam actiones proprie pertinuisse, ex dig. libris apparet. Decemviros igitur stlitibus judicandis de in rem actionibus judicasse, plus quam probabile est. Eadem igitur iis provincia obvenit, quam jam Cviris assignatam vidimus. Quae quidem aliter expediri non possunt, quam si decemviros partem magni illius Cviralis judicii fuisse dicamus, Accedunt et alia. Livius enim l. c.: „qui judicibus, decemviris... nocuisset, ejus caput Jovi sacrum foret" refert. Et consulto quidem judicibus, non Cviris dicit; quia sc. Cviri et ex judicibus stricto sensu et ex decemviris constabant. — Sed et aliud considerandum. Ex innumerabilibus enim veterum, Ciceronis praesertim locis, compertum habemus, praetorem, quoties pro tribunali cognoscebat, consilium adhibuisse doctorum virorum, quod post ipsius tergum in ipso tribunali consedisse, Ammianus libr. XXIII. in fin. testis est his verbis: „ad judicandum usu rerum spectati destinantur et integri, parum alienis consiliis indigentes; unde nostram (sc. romanam) consuetudinem rident, quae interdum facundos jurisque publici peritissimos post indoctorum collocat terga." — Cicero de orat. libr. I, c. 37. narrat, se in tribunali Q. Pompeji praetoris urbani, familiaris sui consedisse. Idem actione secunda in Verrem II. 29, Sopatrum narrat, omnem spem in eo posuisse, quod Verrem homines honestos e conventu syracusano in consilio habuisse sciebat, qui Sacerdoti antecessori Verris quoque in consilio fuerant tum quum esset idem Sopater absolutus. Et Plinius epist. libr. I, 20. „frequenter se egisse, ait, frequenter judicasse, frequenter in consilio fuisse." — Et imperator Tiberius a Suetonio (in Tiberio, c. 33.) et a Tacito (Annal. l. I, 75.) traditur magistratibus pro tribunali cognoscentibus plerumque se obtulisse consiliarium et assedisse mixtim, vel ex adverso in parte

primori. Quem morem postea Claudius imitari solebat. (Sueton. in Claudio, c. 12.) Cognitionibus enim magistratuum, ut unus e consiliariis, frequenter interfuit. Fuit haec certe veterum temporum imitatio et affectatio. Manebant etiam tum vestigia morientis libertatis. Conf. paraph. Theoph. in §. 4, 5. I. qui et ex quib. caus. — L. 2. D. quod quisq. jur. — Quo loco Paulus jus dicentem ab assessore separat, sicut Plinius et Cicero judicantem ab eo, qui in consilio adest. Sed pluribus locis qui praetori in consilio assident, et ipsi judices sunt appellati; arg. l. 16. D. de manum. vindic.; l. 1. C. de vind. et apud cons. manum. Qui potest? ideo, quia is, qui jus dicit, nil cognoscere aut decernere potest sine horum sententiis. Quotiescunque igitur causae cognitione opus erat, hi adhibebantur; praetoris certe judicium erat; sed eum assessores instruebant, et de eorum sententia adeuntibus decreta pronuntiare solebat. Inde illud, quod apud antiquos innumeris paene locis invenimus: „de consilii sententia", quodque tribus his litteris significari: D. C. S., ex Valerii Probi juris notis apparet. Qua de consuetudine cogitans Cicero Verri ut summum nefas flagitiumque saepius in crimen objicit, quod Sopatrum illum, hominem innocentem, a C. Sacerdote absolutum, indicta causa, de sententia scribae, medici, haruspicis condemnaverit. — Idem hoc consilium illud est, apud quod causa cognita manumissiones factas esse, constat. Theophili testimonio contentum esse lectorem rogo. Libertates enim eorum, qui apud magistrum, justa de causa in consilio approbata, manumissi fuerint, omni modo ratas haberi affirmat. Tum, quid sit consilium quaerens: „est, inquit, consessus certorum virorum statis anni diebus coeuntium. Habebant autem hoc consilium non Romae tantum, sed etiam in provinciis." Tum descriptis provinciarum consiliis, quem in modum et quando

habita fuerint, his verbis prosequitur: „habebatur et Romae consilium die aliquo conventus, praetore pro tribunali sedente et assidentibus ei quinque senatoribus et quinque equitibus Romanis. Erat autem dignitas equestris minor ordine senatorio." —. Ex his vero verbis perquam manifestum fieri arbitror, consilium illud manumissionis idem esse, quod et in ceteris causis memoratur, ubi causae cognitio necessaria est; plus arbitor, idem esse quod decemvirorum collegium, vel, ut aliis verbis utar, decemviros ipsos praetoris consilium fuisse. Id enim mihi extrema illa Theophili verba pro certo probare videntur. Eadem erat praetori necessitas primis illis temporibus consilii adhibendi, quae postea erat. Hoc consilium ex decem constitisse judicibus Theophilus testatur; tantorundem virorum judicium primis temporibus creatum esse, quod lites dijudicaret, Pomponius affirmat. Decemviros illos a Theophilo memoratos, praetori in manumittendis servis consilio adfuisse causae cognoscendae gratia, apparet; item de liberali causa decemviros saepe cognovisse, infra videbimus. Quae igitur dubitatio remanere potest, quum omnia, et numerum judicantium et causarum genus, ipsam denique rei necessitatem congruere videamus? —

Jam quid haec omnia sibi velint, in oculos cadit. Nam quum aliunde sciamus, praetorem ipsum Cvirali judicio praesedisse, nunc vero jam nemini dubium sit, decemviros praetori semper in consilio adfuisse, inde sequitur, eosdem decemviros simul cum praetore Cviralibus judiciis praefuisse, ipsosque primum Cvirorum numerum explesse, quum ex triginta tribubus nonaginta tantum eligerentur. Quae argumenta quamquam firmissima puto, tamen et Pomponii Pliniique expressa testimonia laudare juvat. Pomponius hisce verbis utitur: „Deinde (sc. duobus praetoribus creatis) quum esset necessarius magistratus,

qui hastae praeesset, decemviri litibus judicandis sunt creati." — Plinius hisce utitur: „sedebant judices, decemviri venerant." — Hastam vero quasi signum justi dominii Cvirali judicio propositam fuisse, jam supra notavimus. Inde hastae praeesse nil aliud est, quam Cvirali judicio praesidere. — Neque illud nobis dubitationem movere potest, quod et actiones in personam de C. S. datas vel denegatas, neque Cvirales tantum causas hoc consilium requisiisse sciamus. Actiones enim in personam longe diutius a pontificibus solis dijudicatas esse, ex superioribus meminimus, quam actiones in rem et de personarum statu, quae jam medio illo regii imperii tempore ad Cviralem cognitionem translatae sunt.

Summa igitur totius haec est: decemviros partem Cviralis judicii fuisse, et ne partem quidem solum, sed unum ex quatuor illis consiliis et primum inter omnia, quod ceteris et dignitate utpote praetori proximum, et auctoritate, utpote scientia insigni, praestaret. Id igitur reputanti mirum non videbitur, tantum hoc consilium, praetori tamquam perpetuum collegium aderat, de summis quibusdam causis solum judicasse, ita tamen ut eadem quaestio denuo ad reliqua consilia referri posset. Quod ego de liberali certe causa constare arbitror. Cicero enim pro Caecinna, c. 33: „quum ipse, ait, adolescentulus arretinae mulieris libertatem defenderem et Cotta decemviris religionem injecisset, non posse sacramentum nostrum justum judicari, quod Arretinis adempta civitas esset, et ego vehementius contendissem, civitatem adimi non potuisse, decemviri prima actione non judicaverunt: postea, re quaesita et deliberata, sacramentum nostrum justum judicaverunt. Nemo vero rem judicatam referri potuisse, idem Cicero pro domo c. 29. admonet: „quin etiam, si decemviri sacramentum in libertatem injustum judicassent, tamen, quotiescunque vellet quis, in hoc

genere solo: rem judicatam referre posse voluerunt." Sed quonam referebatur? Puto ad reliqua tria tribunalia, non ad decemvirorum, qui primi judicaverant, consilium. Neque deest certum testimonium. Quinctilianus enim de inst. orat. V, 2: „de eadem causa bis interdum pronuntiatum esse narrat, ut in reis deportatis et assertione secunda et partibus Cviralium, quae in duas hastas divisae sunt". Idem libr. XI. 1. 78. et de assertione secunda apud alios judices et de Cviralibus judiciis duplicibus loquitur. Haec vero assertio nil aliud est quam vindicatio in libertatem, ubi primo assertore etiam victo, liberum est alteri, iterum causam agere liberalem. Quae vero secunda actio, Quinctiliano auctore, apud alios judices intenditur. Sed apud quosnam? Respondeo, apud secundam illam hastam, quae tribus illis reliquis consiliis constabat.

Sed quia de ipsa origine Cviralis judicii supra tractavi, operae pretium erit, historiam ejusdem judicii persequi, et ut paullum fuerit immutatum, quibusque ex causis, illustrare.

Post reges vero exactos eum scimus fuisse temporum tractum, ut in dies cresceret plebis libertas, et augeretur ejus in republica vis atque potestas. Jam quum eo perventum esset, ut quod plebs tributim jussisset, id populum teneret, tum et Cviralis ex plebe oriundi judicii auctoritatem et magnitudinem in dies majora incrementa cepisse, nemo sanus dubitare potest. Ita sine lege factum, ut non solum plebeji, sed omnes omnino cives huic judicio controversias suas dijudicandas traderent, ita ut ex plebis judicio populi judicium fieret. — In eo tamen nil immutatum, quod et postea semper actionibus in rem et de personarum statu tantum vacabat. Item legis actio per sacramentum in hoc judicio semper observabatur, neque alio quo modo apud Cviros litigari posse credebatur. —

Quae quidem prima causa fuisse videtur deminutae postea auctoritatis magnitudinisque illius judicii. Quod ut bene intelligatur, necessarium videtur, pauca de legis actione per judicis postulationem et de formulis, quibus, sublatis legis actionibus, Romani utebantur, disserere. Id ex superioribus huc transfero, sub pontificum adhuc jurisdictione per legem pinariam factum esse, ut unus judex ad singulas lites daretur. Unde orta est nova legis actio, illa sc. per judicis postulationem, qua quidem per legem albutiam et duas julias sublata, judicis tamen datio remanebat ut principium fundamentumque totius processus. Praetor autem ipse, formula data, judicem a se datum addictumve qua de re ageretur, quibusque regulis juris ipsa regeretur, informabat. Sed ita tantum actiones in personam; illas enim in rem et de personarum statu praejudicia a Cvirali judicio semper dijudicata esse, toties repetere paene superfluum est. — Formulae omnes in personam erant, et dare facere alterum quid oportere, intendebant. In rem vero adeo nulla concipiebatur, ut postea, quum id ageretur, ut formularum commodum et in rem actionibus participaretur, nullo penitus alio modo id fieri posse videretur, quam ipsa in rem actione prius in personalem actionem transformata. Id quomodo factum sit, nunc videamus. Qui hominem suum esse petiturus erat, adversarium tali sponsione provocabat: „si homo, quo de agitur, ex jure Quiritium meus est, sestertios XXV nummos dare spondes?" Deinde aliam edit formulam, qua intendit, sponsionis summam sibi dare oportere; qua formula ita demum victurus est, si probaverit rem suam esse. Nec tamen haec summa sponsionis exigitur; non enim poenalis est, sed praejudicialis, et propter hoc solum fit, ut per eam de re judicetur: unde etiam is, cum quo agitur, pro praede litis et vindiciarum satisdat. Inde autem appellata est pro

praede litis vindiciarum stipulatio, quia in locum praedium successit, qui olim, quum lege agebatur, pro lite et vindiciis, i. e. pro re et fructibus a possessore petitori dabatur. — Per sponsionem igitur illam factum videmus, ut rei vindicatio in formam personalis actionis, qua alterum XXV nummos nobis dare oportere intendimus, transformaretur. Sed tantum forma erat; res enim sine periculo ad finem perducebatur. — Quam quidem actionem in rem per sponsionis formulam ad primam illam sacramenti actionem proxime accedere, nemo non videt. In hac enim legis actione qui prior vindicaverat, sacramento alterum provocabat. Poena autem sacramenti aut quingenaria erat aut quinquagenaria. Nam de rebus mille aeris plurisve quingentis assibus, de minoris vero quinquaginta assibus sacramento contendebatur, nam ita lege XII tabularum cautum erat; ut si de libertate hominis controversia erat, etsi pretiosissimus homo esset, tamen ut L assibus contenderetur, eadem lege cautum est favoris causa, ne satisdatione onerarentur adsertores. Haec enim sacramenti summa a victo poenae nomine praestabatur, eaque in publicum cedebat, praedesque eo nomine praetori dabantur. Illa vero sacramenti summa a Gajo (IV. §. 95) et sponsio vocatur; „sacramento enim, inquit, reum provocamus, eaque sponsio St. CXXV. nummorum fit." Omnis igitur inter sacramentum et sponsionem illam proprie dictam differentia in eo consistit, quod summa sacramenti per legis actionem petitur, sponsionis autem summa per formulam; illa vero cum periculo, haec autem dicis gratia. — Inde igitur a tempore duplici actione in rem agi poterat; legis actione per sacramentum apud Cviros, et per sponsionis formulam apud judicem. Sed quando hoc, quando illud? Ego illud affirmare nequaquam haesito, liberum unicuique fuisse arbitrium, quam voluerit, quamque commodissimam putaverit viam eligendi. Nempe

illud dubitari non potest, sponsionis formulam a praetore editam fuisse, praetorem, vero juri civili nil addere neque detrahere potuisse. Ita et B. P. edictalis cum jure civili nil commune habebat; et in uniuscujusque heredis arbitrium collatum erat, utrum hereditatem petere an B. P. eligere vellet. Sed et aliud exemplum in promptu habeo, quod propius ad rem nostram accedit: Legis actionibus enim sublatis, tamen et postea duabus e causis permissum erat lege agere; primum si Cvirale judicium sit provocatum, quo de casu nil amplius addendum habeo; deinde lege agere damni infecti. Haec autem legis actio, quae in damni infecti actione usurpabatur, illa erat sacramenti; cujus rei haec argumenta habeo: sacramenti actio generalis erat; de quibus enim rebus, ut aliter ageretur, lege cautum non erat, de his sacramento agebatur. Jam vero damni infecti neque per manus injectionem, neque per condictionem, neque per pignoris captionem actum fuisse, pro certo affirmari potest. Inter duas igitur tantum legis actiones fluctuari potest: sacramenti sc. et per judicis postulationem. Sed ne de judicis postulatione cogitem, illud me movet, quod et postea non per judicem hac de re actum fuisse video, sed praetoria stipulatione. Sacramento igitur alter alterum provocabat, velut hoc modo: „ajo te mihi damni infecti cavere debere; quando negas, sacramento te quinquagenario provoco", aut „quingenario" adjiciebat. Illud enim ex superioribus intelligimus, si de re mille aeris vel supra agebatur, non quinquagenario, sed quingenario sacramento contendere solitos fuisse. Haec sacramenti actio in personam erat; sed nihilominus a Cvirali judicio dijudicatam esse arbitror. Quamquam enim in personam est actio, tamen in locali potissimum inquisitione judicantis officium versari debet, teste Ulpiano in l. 4. pr. D. de damn. inf. Sed et dominii quaestio hac in actione praejudicialis esse solet. Qui-

bus ex causis persuasum habeo, non per sacramentum solum, sed et apud Cviros hac de actione disceptatum fuisse; eandemque rationem secutas leges aebutiam et duas julias hac de re et postea per sacramentum agere permisisse. Sed postea praetor in edicto, ut jam supra praetereundo annotavi, stipulationem praeposuit, qua factum est, ut nemo amplius damni infecti lege agere vellet, sed praeferret, adversarium per magistratum obligare, quod jus et commodius et plenius esse Gajus affirmat: commodius quidem, quia praetor statim, quum ipse actor de calumnia juraverit, reo sponsionem illam injungit; plenius vero, quia in tanta celeritate haud amplius periculum imminebat, ne vel ante rem judicatam damnum contingeret. Sed nihilominus quemcunque haec tanta commoda adducere non poterant, ut praetoris auxilio uteretur, illi et postea sacramento agere liberum erat. Sicut autem hoc casu neminem amplius lege agere voluisse, ex Gajo compertum habemus: ita in casu illo nostro haud paucos per sponsionem apud judicem, quam sacramento apud Cviros contendere maluisse, indubitatum est. Multa igitur perlegenti Ciceronem exempla obvia sunt, quae inter sacramenti actionem et sponsionis formulam liberum agentis arbitrium fuisse demonstrant. Agmen ducat Verrina II c. 45: „lege ageret in hereditatem, aut pro praede litis et vindiciarum quum satis accepisset, sponsionem faceret, ita de hereditate certaret". — Idem Cicero de orat. lib. I, c. 38. parietum, luminum, stillicidiorum jura Cviralibus causis assignat, quae alias, Orat. c. 21, ab uno judice dijudicata refert his verbis: „quam enim indecorum est, de stillicidiis, quum apud unum judicem dicas, amplissimis verbis et locis uti communibus: de majestate populi romani summisse et subtiliter". — Eodem facit Quinctilianus, I. O. V. 10, §. 115: „aliam apud Cviros, aliam apud privatos judices de iisdem quaestionibus

rationem esse", vel ut libr. XI. c. 1. §. 43 dicit: „non eodem sono publica judicia et arbitrorum disceptationes agi." —

Haec vero sponsionis formula, quam originem ex illa sacramenti legis actione prae se ferre, nemo vel mediocriter argutus ignorare potest, viam aperiebat transitumque faciebat ad petitoriam formulam, qua sine ambagibus et fictionibus, ut ita dicam, recta via rem nostram esse intendimus. „Petitoria formula, Gajus lib. IV. §. 92. definit, haec est, qua actor intendit, rem suam esse." — De tempore autem, quo haec formula primum in usum venerit, nil liquet. Illud tamen haud sine ratione affirmare quis ausit, Ciceronis tempore eam nondum in usu fuisse. Si fuisset, cur duobus modis, quibus de hereditate agi posse dicit, non tertium hunc, per formulam sc. petitoriam, adjecisset? — Sed haud ita multum post, Augusti sc. tempore, invaluisse primum, mox latius demonstrabo. —

Per hoc autem imprimis factum est, ut causae Cvirales adeo splendore aliorum judiciorum obruerentur, ut, teste incerto auctore dialogi de causis corruptae eloquentiae (c. 38), neque Ciceronis, neque Caesaris, neque Bruti, neque Caelii, non denique ullius magni oratoris liber apud Cviros dictus legatur. —

Denique Augustus, antiquitatum romanarum, ut a Gellio nominatur, subtilissimus observator, quam dignitatem splendoremque judicii illae, quas attigi, causae obruerant, Cviris legibus suis de publicis et privatis judiciis restituit. Quae autem harum legum de judicio Cvirali speciales constitutiones fuerint, in tanta auctorum penuria nequaquam constat. Brevissima enim Suetonii (in Octavio c. 36.) verba sunt: „auctor et aliarum rerum fuit, in queis . . . ut Cviralem hastam, quam quaestura functi consuerant cogere, decemviri cogerent." Neque dialogi incertus auctor satisfacit.

Post illud enim, nullum magni oratoris librum apud Cviros dictum legi, „exceptis orationibus Asinii, pergit, quae pro heredibus Urbiniae inscribuntur, ab ipso tamen Pollione mediis divi Augusti temporibus habitae"; et paulo post: „Cvirales causae, quae nunc primum locum obtinent." — Quae igitur innovavit Augustus? Quamnam legem tulit? — Causas quidem hereditarias et in primis inofficiosi querelam judicio Cvirali assignasse ut propriam provinciam, probaturum me spero. Haec vero argumenta habeo:

I. Omnes omnino causas, quascunque post Augusti tempora usque ad Constantini II. constitutionem de tollendis judiciis ordinariis a Cvirali judicio dijudicatas invenimus, in hereditario jure versantur, ita ut Hieronymus in epistola ad Damnion summo jure pro hereditariis causis centumvirales causas dicere videatur. Quoscunque enim antiquorum libros post Augusti tempora scriptos inspicio, nil nisi hereditarias causas in Cvirale judicium deductas invenio. Ita in loco illo celeberrimo ex dialogo de caus. corr. eloq.; ita et tempore Justiniani, qui in titulo C. de heredit. petit. „magnitudinis et auctoritatis" Cviralis judicii mentionem facit. —

II. Porro et id velim eruditiores diligenter attendant. Hereditatis petitio species est ex genere illo amplissimo rerum vindicationis. Reliquae igitur vindicationis species, deducta hereditatis petitione, quas jam antea plurimum per sponsionem dijudicatas fuisse scimus, nunc per legem jus sibi positum firmatumque invenerunt, quod jam antea sine lege obtinuerat. Inde mihi sequi videtur quod supra attigi, nempe Augusti demum temporibus formulam petitoriam primum invaluisse. Nam quum lege esset sancitum, quod antea usu hominum tantum obtinuerat, nempe ut ab uno judice singularium rerum vindicationes dijudicarentur, id quidem ipsa rerum na-

tura ferre debuisse videtur, ut simplicior nunc formula, quam sponsionis, proponeretur. Et nova igitur formula in haec verba concepta est: „si paret hominem ex jure Quiritium Auli Agerii esse"; arg. Gaj. lib. IV. §. 41. Confessoria plane actione qui agebant, ita intendebant: „si paret A^{o} A^{o} jus esse ire, agere vel utifrui, vel aquam ducere per totum fundum, vel altius tollere", prout ea erat servitus, quae vindicabatur. Negatoriae vero actionis aeque exempla proponam: „si paret jus non esse, illum parietem ita projectum habere invito se", vel: „jus ei non esse, in eo loco ea posita habere invito se;" et id genus alia innumerabilia. —

Sed quoniam huc perveni, a me impetrare non possum, quin doctissimi viri (Hollweg) sententiam, quam ille ad §. 91. libr. IV. Gaji protulit, reprehendam. Ille enim Gajo negligentiam dicendi objicit, quum, si diligenter inquiras, non duplex tantum sit in rem actio, sed potius triplex: videlicet: illa, quae fit per formulam petitoriam, illa antiquior per sponsionem, denique antiquissima illa, ubi sacramento alter alterum provocat. Gajus vero: „ceterum quum in rem actio duplex sit, inquit, aut enim per formulam petitoriam agitur, aut per sponsionem . . ." et deinde (§. 95): „ceterum si apud Cviros agitur, summam sponsionem . . .". Sed qui illud bene tenet, de hereditariis tantum causis, et praecipue de inofficiosi querela Gaji tempore Cviros aditos fuisse, haec omnia bene recteque sese habere, intelligit. Sacramenti enim legis actio haud eodem prorsus ordine haberi potest cum formula sponsionis et illa petitoria, neque cum his porro enumerari ut tertia via, qua in rem agi possit. —

Illud autem mihi omni dubitationi exemtum videtur, hereditarias tantum causas Cviralis judicii auctoritate dignas ab Augusto judicatas esse, neque quos alii pro diversis sententiis laudavere locos, nostrum

illud infirmant, sed plus etiam fidei faciant. Agitur de §. 95. et libro IV. instit. Gaji, quem locum ita restituendum censeo: „ceterum si apud Cviros agitur, summam sponsionis non per formulam petimus, sed per legis actionem: sacramento enim reum provocamus, eaque sponsio St. CXXV. nummorum fieri solet propter legem corneliam". — Jam alii bene adnotaverunt, CXXV St. summam eandem prorsus esse cum quingenario sacramento, quod, rebus mille aeris plurisve in judicium deductis, deponebatur. Sed in explicanda ratione, cur majus tantum illud sacramentum sit nominatum, neque de rebus minoris quam mille aeris quinquagenario sacramento et postea contendi sit solitum, parum inter se conveniunt jurisconsulti. Ego illam rationem suscipio defendendam, quae ex superioribus ultro mihi videtur emanare. Duabus enim e causis majus illud sacramentum litibus hereditariis melius convenit, quam quinquagenaria illa sponsio. Primam illam puto, quod hereditariae lites, et praesertim inofficiosi querela, haud tam exiles plerumque et parvae sunt, ut mille aeris summam non egrediantur. Deinde vero et probabile mihi videtur, legem corneliam de industria hanc posuisse majorem sacramenti summam, ne tam facile ad hanc querelam prorumperent homines; et hoc eo magis, quo procliviores esse solent in tales lites, quas aequitate potius judicantium, quam stricti juris regulis moderari sciunt. — Hanc autem summam e lege cornelia fluxisse suspicor. Nam quae Dirksen et Unterholzner de lege papiria, Huschke autem de lege quadam creperea narrant, mihi falsa videntur. Primum vox corneliam singulis siglis, quae in rescripto Gaji codice exstant, optime respondet. Deinde tempus legis corneliae (judiciariae, a Sulla anno 763 u. c. latae) idem suadet. Hoc enim tempore judicium Cvirale de facto jam ad hereditarias causas reductum fuisse videtur. Accedit et illud, quod

lex illa cornelia judicia ab equitibus ad senatorium ordinem transferens, judicum auctoritatem auxisse potius, quam minuisse credenda est.

Sit igitur illud nobis probatum, Augustum hereditarias causas et inofficiosi praesertim querelam Cviris restituisse. Et quid profecto Cviralis judicii provinciae, quod per tot saecula paene solum obtinuerat, aptius, quid historiae ejusdem judicii magis conveniens? Inofficiosi enim querela ex hoc judicio originem, ex eodem auctoritatem traxit omnem; quibus denique juris regulis constabat, ea apud hos tantum judices valebant; numquam igitur hac in causa formula ulla a praetore concepta; id enim nec fieri potuisse ex superioribus patet. Antiquissimam igitur provinciam, et quae ipsi judicio maxime conveniebat, Augustus restituit. Solebat enim liberae reipublicae consuetudines formasque revocare; itaque et decemviros, qui jam in primordiis judicii creabantur, hastam Cviralem cogere jussit. — Jam si quaeramus, qua lege Augustus haec omnia sanxerit, respondendum erit, duabus celeberrimis legibus juliis id fecisse, judiciorum sc. publicorum et privatorum. Hae enim leges, quae de toto judiciorum ordine atque constitutione latae sunt, nimirum et illae sunt, per quas legum actionum subtilitatem sublatam esse, Gajus libr. IV. testis est. Ex eodem vero Gajo constat, post leges etiam julias apud Cviros semper sacramento agere permissum fuisse. Unde illud mihi pro certo effici posse videtur, illas ipsas leges julias id quidem permisisse, in ceteris vero casibus legis actionis usum sustulisse; quod posterius in privatorum, illud autem primum in publicorum judiciorum lege sancitum esse arbitror. —

Superest ut de ultima Cviralis judicii conditione et statu, ipso denique interitu pauca addam. Et quidem ea est hereditariarum litium natura, quae rarius pro semet ipsis in judicium deducantur, eo saepius

autem actionibus aliis sive in rem sive in personam praejudicio sint. Quibus deductis, illas solum actiones, quae in testamentorum ratorum aut ruptorum jure versantur, Cvirali judicio dijudicandas remansisse, nemo est qui non videat. Mox et alia accedit provinciae deminutio. Illa enim B. P., quam adhuc interdicto solum tutatum esse praetorem scimus, ex constitutione Marci Aurelii hereditatis petitionem, quae possessoria vocabatur, exemplo heredis, assequuta est. Haec vero non a Cviris, sed per formulam ab uno judice dijudicari solebat.[1] Denique et ipsa inofficiosi querela Lares et Penates reliquit, quum et ipsa, B. possessione contra tabulas introducta, hereditatis petitionis possessoriae formulam adepta esset. Ita vel ante tempus, quo Constantini II lege omnia ordinaria judicia sublata sunt, maximum olim judicium, omni auctoritate destitutum concidit.

Apud Cviros solis civibus lege agere permissum erat; solaque illa jura in hoc judicium deduci poterant, quae ex jure Quiritium descendisse dicebantur. De dominio igitur, quod dicitur bonitarium, Cviri numquam cognoscebant. Inde duplex nobis oritur quaestio. Nempe videndum est, et apud quosnam peregrini egerint, et qui de dominio civium bonitario cognoscere potuerint. Postea quidem sane petitoria formula his omnibus suffecit, quum verba illa ex jure Quiritium non adderentur. De prioribus igitur potissimum temporibus nobis quaerendum erit, quaeque tum obtinuerint investigandum.

Jam inde a primis urbis temporibus duas potissimum vias peregrinis litem agentibus patuisse constat. Poterant enim aut ad recuperatores ire, vel fictitiis uti actionibus. Prius tractemus de recuperatoribus. In fronte autem totius hujus tractatus Gaji locum, summi hac in doctrina momenti, verbotenus transcribam: (Gajus lib. IV, §§. 103-105.) „Omnia autem judicia

aut legitimo jure consistunt aut imperio continentur. Legitima sunt judicia, quae in urbe Roma vel intra primum urbis Romae milliarium inter omnes cives Romanos sub uno judice accipiuntur; eaque lege julia judicia, nisi in anno et sex mensibus judicata fuerint, expirant, et hoc est, quod vulgo dicitur, e lege julia litem anno et sex mensibus mori. — Imperio vero continentur recuperatoria, et quae sub uno judice accipiuntur, interveniente peregrini persona judicis aut litigatoris. In eadem causa sunt, quaecunque extra primum urbis Romae milliarium tam inter cives Romanos quam inter peregrinos accipiuntur. Ideo autem imperio contineri judicia dicuntur, quia tamdiu valent, quamdiu is, qui ea praecepit, imperium habebit". — Et §. 109: „ceterum potest ex lege quidem esse judicium, sed legitimum non esse, et contra ex lege non esse sed legitimum esse; verbi gratia si ex lege aquilia vel ovinia vel furia in provinciis agatur, imperio continebitur judicium, idemque juris est, si Romae apud recuperatores agam vel apud unum judicem interveniente peregrini persona. Et ex diverso, si in ea causa, ex qua nobis edicto praetoris datur actio, Romae sub uno judice inter omnes cives romanos accipiatur judicium, legitimum est." —

Quo ex fragmento id primum intelligitur, separationem illam judiciorum legitimorum et illorum, quae imperio continentur, non ex actionum natura, quae apud alterutrum disceptantur, sumtam esse, sed ex judiciorum ipsorum natura ac conditione externa descendere. — Legitima igitur judicia haec fuere. Primum omnium judicium Cvirale; id enim, etsi non sub uno judice, in urbe tamen Roma accipiebatur et inter omnes cives. Deinde omnia, quae sub uno judice accipiuntur, dummodo inter cives romanos et in urbe Roma vel intra primum urbis Romae milliarium. Hoc vero iis, quae supra ad legem pinariam disserui,

optime convenit. Legem enim pinariam antiquissimis urbis Romae temporibus vindicavi, ubi omnis adhuc jurisdictio penes collegium pontificum erat; quod nunc eo corroboratum videmus, quod et postcaquam jam judicem dare obtinuerit, ager Romanus tam angustis finibus circumscribebatur. — Imperio vero continentia haec erant: primum recuperatoria; deinde quae sub uno judice accipiuntur interveniente peregrini persona litigatoris; tertium, quae inter cives accipiuntur, interveniente peregrini persona judicis; quartum, quaecunque extra primum urbis Romae milliarium accipiuntur. Sicuti autem legitima judicia summae antiquitatis formam speciemque prae se ferunt et cum urbe ipsa condita videntur; ita quae imperio continentur, illi tempori optime conveniunt, ubi Romano imperio jam extra primum milliarium colentes populi subjecti erant, jamque magna peregrinorum turba Romam confluere solebat. Tum simul coepit magistratus, coepere et judicia necessaria esse, quibus peregrini inter se vel cum romanis civibus disceptarent. Nemini enim nisi civibus permissum erat, lege agere, quae tum judiciorum legitimorum generalis erat consuetudo. Quem judiciorum legitimorum et legis actionum inter se nexum, quamvis nemo profecto revocet in dubium, attamen paucis adhuc probare studeo. Primum constat, obligationem litis contestatione tolli, si modo legitimo judicio fuerit actum; nam tum obligatio quidem principalis dissolvitur, incipit autem teneri reus litis contestatione. Unde fit, ut si legitimo judicio debitum petiero, postea de eo ipso jure agere non possim, quia inutiliter intendo: d a r i m i h i o p o r t e r e, quia litis contestatione dari oportere desiit. Aliter atque si imperio continenti judicio egerim: tunc enim nihilominus obligatio durat, et ideo ipso jure postea agere possum; sed debeo per exceptionem rei judicatae vel in judicium deductae summoveri. Has autem exceptiones

tempore legis actionum nondum in usu fuisse, Gajus libr. IV. §. 108. testis est. Unde sequitur, in legitimis judiciis legis actiones tantum in usu fuisse. — Praeterea et illud notandum est, vidimus ad judicii legitimi notionem partium civitatem omnino esse necessariam. Quam primum igitur probavero, et legis actionibus non nisi cives uti potuisse, et illud probatum esse intelligitur, in legitimis solum judiciis legis actiones usurpari solitas fuisse. Hoc vero jam inde sequitur, quod quamdiu legis actiones in usu erant, etiam ex illa causa tutor dari debebat, si inter tutorem et mulierem pupillumve legis actione agendum erat. Legis igitur actio auctoritatem requirebat agentis, quam peregrinis penitus abfuisse, nemo dubitat. — Sit igitur illud nobis probatum, in legitimis judiciis per legis tantum actiones cives agere solitos, eaque judicia peregrinis omnino praeclusa fuisse. — Qua necessitate commoti magistratus, ex imperio suo propria iis judicia instruebant, quae originis causa imperio continentia dicebantur, quia non ultra valebant, quam quamdiu is, qui ea praeceperat, imperium habebat. Sed inter haec recuperatoria primum locum obtinuisse, eademque et antiquissima esse, videntur. Id enim Gajus indicare videtur, qui omnibus aliis judiciis, quae imperio continentur, recuperatoria anteponit. — Quo eodem loco quum omnia, quae sub uno judice accipiuntur judicia, recuperatoriis opponantur, haec ipsa ex complurium judicantium numero constitisse manifestum est. Quod et aliis argumentis firmatur. Semper enim initio formulae: „recuperatores sunto" scriptum invenimus, numquam: „recuperator esto"; arg. Gaj. lib. IV, §. 46. Item et alias dictum video: „judex recuperatoresve"; arg. lib. IV, §. 141. — Cicero in Verrem III. c. 58. in fin.: „facta est sponsio HS. Coepit Scandilius recuperatores aut judicem postulare". — Item in fragmento I. legis Thoriae (apud Spangen-

berg p. 17.): „judicium, judicem recuperatoresve dato". Idem passim in altero ejusdem legis fragmento occurrit: „neive judicium, neive judices, neive recuperatores dato". Ita et Cicero quotiescunque ad recuperatores orationem dicit, ut illam pro Quintio, illamque pro Caecinna, recuperatores! semper alloquitur. Neque illud obstat, quod apud eundem Ciceronem recuperatoris singulari numero mentionem factam videmus, ut in oratione pro Caecinna c. 3 et 21, et in Verrem III. c. 11, 29, 49, 60. Hoc enim ita intelligendum, quasi unum dixerit ex omnibus. Sic illud, quod Verri in crimen vertit, quod „de conventu nullum unquam judicem nec recuperatorem dedit". — Numerus autem eorum in singulis causis nequaquam constabat. Saepius tres constituti videntur; arg. Cic. in Verrem III. 12.: „etenim quod esset judicium, quum e Verris turpissimo flagitiosissimoque comitatu tres recuperatorum nomine assedissent, asseclae istius, non a patre ei traditi sed a meretricula commodati?" — et c. 60: „hic tu medicum et haruspicem et praeconem tuum recuperatores dabis". Idem ex Livio compertum habemus (XXVI. 48.). Carthagine nova enim capta, quum Scipio praecipuum muralis coronae decus ejus esse dixisset, qui primus murum ascendisset: profiteretur qui se dignum eo dono duceret, et duo deinde professi essent: Scipio tres recuperatores se daturum pronuntiavit, qui cognita causa testibusque auditis judicarent, uter prior in oppidum transcendisset; C. deinde Laelio et M. Sempronio advocatis partis utriusque P. Cornelium Caudinum de medio adjecit, eosque tres recuperatores considere et causam cognoscere jussit. — Idem autem Livius alio loco (XLIII. 2.) quinque recuperatores sumtos narrat. Quum videlicet sociorum in Hispania legati in senatu de magistratuum romanorum avaritia superbiaque conquesti essent, L. Canulejo praetori, qui Hispaniam sortitus erat, nego-

tium a senatu datum est, ut in singulos, a quibus Hispani pecuniam repeterent, quinos recuperatores ex ordine senatorio daret, patronosque quos vellent sumendi potestatem faceret. — Theophilus denique viginti recuperatorum mentionem facit paraphras. I. 6. §. 4. his verbis: „Romani quum totum fere annum bellis gerendis occuparentur, certo quodam tempore, quum hiems eos, et hibernae tempestates sub pellibus agere prohiberent: quoniam ut in communi vita sine litibus controversiisque esse non poterant, omissis armis, judiciis vacabant, et multos eam in rem constituebant judices, ut ambiguas ipsorum causas dirimerent, qui recuperatores vocabantur, quia per eos unusquisque debitum recipiebat"; et paullo post: „habebatur consilium in provinciis hunc in modum. Procedebat enim proconsul aut praeses et in tribunali suo sedebat, unaque juxta ipsum viginti viri, qui dicebantur peregrini recuperatores, quia per eos mancipium naturalem libertatem recipiebat." — Iisdem his locis recuperatoria judicia et Romae et in provinciis habita esse, satis superque probatur. — Sed, ut propius jam ad propositum accedam, argumenta dicam, quibus probetur, ad id primum instituta esse recuperatoria judicia, quibus civium et peregrinorum lites dijudicarentur. —

Primum quidem quae jam attuli exempla, inter cives peregrinosque omnia versantur. Ita tres illi recuperatores, quos Verres dedit; et quinque, qui de Hispanorum repetundarum actione cognoscerent. Theophilus, qui inter arma et bellum recuperatores creatos dicit, opinionem nostram non rejicit; immo et confirmat. Dionysius (VI. 95.) denique idem exemplo illustrat. Romani enim Sabinique quum foedus inter se facerent, id convenerunt, „ut privatarum rerum judicationes intra decimum diem fierent." Et hae judicationes reciperationes dictae sunt. „Reciperatio

est enim, ut ait Gallus Aelius, (apud Festum) quum inter populum et reges nationesque et civitates peregrinas lex convenit, quomodo per reciperatores reddantur res reciperenturque, resque privatas inter se persequantur." — Huic vero recuperatorum origini nil melius convenit, quam ipsos a magistratu populi romani, qui apud victos cum exercitu aut apud socios provinciae gerendae causa degebat, ex ipso sociorum numero creatos esse. Plus dico; Eandem rationem puto, cur complures semper dati sint hujusmodi judices. Idque primis temporibus ita factum esse arbitror, ut Scipionem fecisse compertum habemus, nempe ut uterque litigantium unum nominaret, praetor autem aut quivis alius magistratus tertium adjiceret, omnesque tres partibus addiceret. Ita enim et judicantium animos a partium studio revocari omnemque neglecti juris periculum evitari posse credebant. Hi autem recuperatores unde sumerentur, conventus, uti nominantur, jurisdictionis gratia, in diversis provinciis sunt instituti. Ita in Verrinis pluribus locis de conventu syracusano nulloque ex eo judice vel recuperatore electo legimus. Idem Livius testatur. Ita denique apud Festum et Theophilum: „conventum esse, legimus, ubi a magistratibus populus judicii causa congregatur." — Illud jam ex superioribus intelligitur, ex tali conventu recuperatores singulis tantum litibus datos fuisse, quorum negotium re judicata, ut ceterorum quaeque judicum finitum erat. — Haec autem recuperatoria judicia quum jam apud socios in usu essent, tum denique et in urbem Romam sunt translata. Pomponius enim in libro singulari de origine juris (l. 2. §. 28. D. de O. I.) auctor est, paucos annos post praetorem urbanum creatum, non sufficiente eo praetore, quod multa turba etiam peregrinorum in civitatem veniret, creatum esse et alium praetorem, qui peregrinus appellatus est ab eo, quod plerumque inter

peregrinos jus dicebat. Quosnam autem hic judices dederit nisi recuperatores, non video. Neque quia in urbe judicabatur, inde quis colligat, cives tantummodo eum vel ex albo judices dedisse, sed liberum ei erat et alios cives et peregrinos etiam eligere. Neque illud contra hanc nostram sententiam facit, quod Theophilus l. c. illos, qui Romae judicabant, „Recuperatores" tantum, qui vero in provinciis constituebantur, „peregrinos recuperatores" nominat. Id enim eadem ratione dicitur, qua et „peregrinum praetorem" dictum invenimus; et significat: recuperatores, qui apud peregrinos jus dicunt. — Idem illud et Plinius epist. libr. III, 20. indicat: „Nam ut in recuperatoriis judiciis, inquit, sic nos in his comitiis, quasi repente apprehensi, sinceri judices fuimus." — Hoc autem naturae finique hujus judicii optime congruit. Qui enim in selectos erant relati, multis variisque occupati judicationibus, diutissime saepe partes differebant. Quid autem inhumanius profecto et molestius fuisset, quam tam longe venientes detinere? Quo factum est, ut recuperatoriis judiciis id a legibus tribueretur, ut quam celerrime perfici possent. Hac ratione jam supra foedus latinum certum idque perbreve tempus statuisse vidimus, intra quod privatae lites a recuperatoribus dijudicarentur. — Et illa mihi placet sententia existimantium, in his primum judiciis, utpote quae magistratus imperio continerentur, certum temporis spatium praetores judicantibus praefinire solitos esse, intra quod litem dirimerent. Huc facit Ulpianus in l. 2. §. 2. D. de judic. et ubi quisque: „si et judex ad tempus datus et omnes litigatores consentiant, nisi specialiter principali jussione prorogatio fuerit inhibita, possunt tempora, intra quae jussus est litem dirimere, prorogari;" et in l. 32. D. eod.: „si judex, cui certa tempora praestituta erant, decesserit, et alius in locum ejus datus fuerit, tanta ex integro tempora in locum

ejus praestituta intelligemus, quamvis magistratus hoc in sequentis datione nominatim non expresserit, ita tamen ut legitimum tempus non excedant." — Eodem celeritatis studio factum est, ut et testium quos proferre liceret partibus, numerus definiretur. Sic et lex mamilia, jam supra citata „testibus publice duntaxat decem" denuntiandi potestatem faciebat. Sic Valerius Probus notas has: Q. E. R. E. T. P. I. R. D. T. D. D. D. P. F. ita interpretatur: „quanti ea res erit, tantae pecuniae judicium recuperatorium dabo, testibusque duntaxat decem denuntiandi potestatem faciam." — Hujus in judicando celeritatis exempla passim apud Tullium obvia sunt. In oratione enim, quam habuit pro Tullio apud recuperatores, M. Lucullum narrat primum judicium de vi hominibus armatis coactisve composuisse, idque variis rationibus ductum necesse habuisse, et in universam familiam judicium dare, quod a familia factum diceretur, „et recuperatores dare, ut quam primum res dijudicaretur." Et postea eadem oratione: „non damno, ait, recuperatores, magistratus commoventur, ut in haec verba judicia dent. Nam si id esset, non reciperatores potius darent quam judicem." Eodem facit divinatio, c. 17: „judicium dat statim, judicant recuperatores." Ita Gajus quoque: „fiunt autem vadimonia, inquit, quibusdam ex causis pura ...., quibusdam recuperatoribus suppositis, id est, ut qui non steterit, is protinus a recuperatoribus in summam vadimonii condemnetur; eaque singula diligenter praetoris edicto significantur." Neque tamen hoc celeritatis studium eo adduxit, ut summatim tantum res dijudicaretur; nam licebat et ampliari causam et plures actiones flagitare; licet saepius evenerit, ut rem minime dubiam recuperatores prima actione judicarent, ut testatur Cicero pro Flacco, c. 20. Ita et ipsa illa fragmenta orationis pro Tullio secundae apud recuperatores dictae orationis partem continent, quod

apparet ex capite primo. Eodem modo ex capite VII. orationis pro Caecinna manifestum fit, saepius pro A. Caecinna Tullium nostrum apud recuperatores dixisse. Ex Livio denique compertum habemus, post illud, quod supra jam memoravi, s. consultum Hispanorum patronos cum M. Titicio primum, qui praetor A. Manlio, M. Junio C. C. in citeriore Hispania fuerat, recuperatores sumpsisse. „Sed bis ampliatus, tertio absolutus est reus." —

Id jam ex superioribus intelligimus, nullum apud recuperatores legis actionum usum fuisse; sed, ut ita dicam, rem sine figura ac strepitu judicii simpliciter a praetore instructam ad judicem pervenisse, et ab eo dijudicatam fuisse. Quod ut palam fiat, his paucis illustrabo.

Quicunque recuperatoria judicia adibant, suo potius jure, quam jure civili Romanorum quas habebant lites dijudicari volebant. Nulla igitur apud recuperatores poterat esse illorum observantia, quae ex mero descendebant jure civili; sed deductis his, ex juris gentium principiis omnia dijudicabantur. Praetori autem, qui recuperatores dabat, cujusque imperio totum hoc judicium continebatur, cura incumbebat, quae sint hae juris gentium regulae recuperatores edocere, et quas ipse dederit judices de judicandi ratione informare. Quem ad finem unicuique, qui recuperatores postulabat, formulam dabat, qua totam litem instrueret et ex qua recuperatores rem ipsam ordinarent. Ita sensim sensimque factum est, ut novae juris regulae, eaeque antiquo jure civili solutiores liberioresque usu obtinerent, inde potissimum a tempore, ex quo praetor omnes illas regulas in unum annui edicti corpus redigere consuerat. Ex quo apparet, formularum usum omnisque honorarii juris in recuperatoriis primum judiciis venisse, ibique primum auctoritatem adeptum esse. Totum igitur formularum jus omnisque illa

edicti auctoritas cum recuperatoriis judiciis cohaeret, ibique et originem cepit et invaluit primum. — Hae autem recuperatorii judicii jus et commodius et plenius erat, ita ut et cives saepenumero eodem uti desiderarent, non illo tantum casu, si cum peregrinis litem quandam habebant, sed et cum civibus disceptaturi. — Qua in re praetores complures recuperatores dare haud amplius necessarium habebant, quum interim et juris regulae, quibus omnia regerentur, ita definitae fuissent, ut nullum jam judicantium arbitrio spatium relictum videretur. Inde evenit, ut unum judicem eumque peregrinum cives acciperent, qui solutiore jure uti volebant; dum interveniente peregrini persona alterius vel etiam utriusque litigatoris, qui ex stricto jure civili disceptare volebant, ex selectis judex dabatur. — Haec vero sicut ipsa recuperatoria judicia imperio continebantur; interveniebat enim peregrini persona judicis aut litigatoris. — Fieri autem poterat, ut praetor peregrinus, quem cives adierant, ipsam litis causam pro centumvirali haberet, ideoque recuperatores judicemve dare nollet et sacramento potius contendere juberet. Quem ad casum referenda sunt Gaji verba, quae exstant in libr. IV. §. 31: „cum ad Cviros itur, ante lege agitur sacramento apud praetorem urbanum vel peregrinum." — Peregrinos enim lege agere non potuisse, nobis jam constat. —

Nunc unde egressus sum revertor. Probatum enim arbitror quod initio posui, judicia recuperatoria prima et antiquissima esse eorum omnium, quae imperio contineri dicuntur; et postea demum introductum esse, ut de peregrinorum litibus unus judex ex selectorum numero daretur, vel de civium controversiis unus judex peregrinus judicaret. Ex praetoris enim imperio haec omnia pendebant; poterat ex arbitrio suo quem volebat judicem dare, eumque de judicandi ratione informare. Quo factum est, ut et litigatores alternative

vel judicem vel recuperatores petere solerent. Cujus rei exemplum legitur apud Ciceronem in Verrem III. 58. in fin. — Poterat autem illud magistratuum arbitrium et per leges certis quibusdam finibus includi. Cujus exemplum legem Siculorum rutiliam laudasse satis erit. Narrat enim Cicero in Verrem II. 13: „Siculi hoc jure sunt, ut quod civis cum civi agat, domi certet suis legibus; quod Siculus cum Siculo non ejusdem civitatis, ut de eo praetor judices ex P. Rutilii decreto, quod is de X. legatorum sententia statuit, quam legem Siculi rutiliam vocant, sortiatur. — Quod privatus a populo petit aut populus a privato, senatus ex aliqua civitate, qui judicet, datur, quum alternae civitates rejectae sunt. Quod civis romanus a Siculo petit, Siculus judex datur: quod Siculus a cive romano, civis romanus datur: ceterarum rerum selecti judices ex conventu civium romanorum proponi solent." —

Recuperatoria judicia supra celeritate quadam insignia fuisse probavi. In ceteris autem judiciis, quae imperio continentur, nil tale invenimus; quae res optime illis, quae de origine historiaque horum judiciorum dixi, convenit. Non eandem enim fuisse celeritatis necessitatem apud unum judicem vel peregrinum, quae erat apud recuperatores manifestum est. —

Quum igitur in recuperatoriis judiciis et quae praeterea imperio continebantur inde ab initio per formulas litigaretur, evenit ut sensim sensimque legis actiones propter subtilitatis odium in desuetudinem abirent, ita ut priusquam per leges illas de jure tollerentur, de facto et contrario hominum usu jam essent de medio sublatae. Post illas demum leges et in legitimis judiciis excepto Cvirali judicio per formulas litigabant homines. Ita discrimen illud, quod antea intercesserat inter legitima judicia et ea, quae imperio continentur, penitus sublatum, judiciaque utraque sibi invicem magis appropinquata. — Nec tamen re-

cuperatores penitus oblivioni traditi. Certis enim ex causis et postea a praetore dabantur. Celeritati id indulgebat, qua semper recuperatorium judicium insigniebatur. Sic in plurimis causis, in quibus vel reipublicae vel singulorum intererat, primo quoque tempore litem dirimi, recuperatores dabantur. Id injuriarum actione fieri solebat; arg. Gellius N. A. lib. XX. c. 1: „injuriis aestimandis recuperatores se daturos edixerunt." Injuriae autem ejusmodi sunt, ut Cicero rhetor. libr. II. c. 20. dicit, ut de his indignum sit, non primo quoque tempore judicari. — Id igitur jam in edictis praetores vel praesides edixerunt, recuperatores se ad aliquam litem daturos, quod quantum ad actionem vi bonorum raptorum et ad interdictum unde vi hominibus armatis, jam supra exemplis illustravi. Et generaliter in omnibus interdictis, ex quibus actio postulabatur, „judex vel recuperator" dari solebat; recuperator autem in prohibitoriis potissimum interdictis, in quibus res cum periculo ad finem perducebatur; arg. Gaj. libr. IV. §. 141. — Alii vero generi casuum, in quibus et postea recuperatores datos invenimus, eam inesse naturam facile quis dixerit, quae primis temporibus omnibus omnino causis inesse debebat. Ita repetundarum non liberae tantum reipublicae temporibus sed sub imperatoribus quoque apud recuperatores actum esse, Tacitus in annal. I, 74. testis est. — In causis fiscalibus recuperatores datos esse, Suetonius in Nerone c. 17. testatur. — De liberali causa semper recuperatores judicare solebant; quo adductus Theophilus recuperatores inde appellatos esse affirmat, quia per eos mancipium libertatem recipiebat. — Ita, et Domitianus imperator recuperatores in liberalibus causis admonuisse traditur, ne se perfusoriis assertionibus accommodarent. — Ipsa denique Vespasiani uxor, Flavia Domitilla, latinae conditionis, ingenua et civis romana recuperatorio judicio pronun-

tiata est patre asserente. — Celeritatis autem causa et in illa formula recuperatores dari solebant, qua utebatur patronus contra libertum, qui eum contra edictum praetoris in jus vocaverat; arg. Gaj. libr. IV. §. 46. Eadem ratione et in aliis causis, ubi quis contra edictum praetoris in jus vocaverat, recuperatores dabantur. Poena enim quinquaginta aureorum a praetore in eum statuta erat, qui contra edictum fecerit. — Saepius etiam ab ipsis legibus in arbitrium praetoris collatum invenimus, aut judicem aut recuperatores dare secundum causae, de qua agebatur, conditionem. Ita exempli gratia in lege mamilia et in lege thoria. — Quia autem major erat in recuperatoriis judiciis praetoris, qui ea praeceperat, auctoritas: ideo homo nefastus ille Verres recuperatores praesertim dare solebat, per quos omnia, quae vellet, sese perpetraturum sperabat; arg. Verr. III, 60. — Sed id denique remanebat antiquae consuetudinis vestigium, quod civiles strictique juris actiones etiam tum numquam in recuperatorium judicium deducebantur. Et haec quidem ita donec Constantini lex in unam eandemque formam omnia redegit. —

Sed, ut ordinem, quem supra indicavi, sequar, nunc transeo ad fictitias actiones. Hae enim alterum juris subsidium peregrinis erant. Quod me optime illustraturum spero, si antea Gaji locum libr. IV, §. 109. interpretatus ero. Cujus loci verba nos edocent, nil penitus commune habere legitima judicia et ex lege judicia; itidem e contrario nil commune esse imperio continentibus judiciis cum illis, quae ex praetoris edicto descendunt. Et profecto nil manifestius nobis esse potest, secundum illa, quae supra de judiciis legitimis et imperio continentibus disserui. Haec enim divisio ex judiciorum forma externoque habitu sumpta videtur; illa vero, ut ipsa verba indicant, ex juris materia descendit. Ex lege enim judicium illud est,

quod lege quadam est introductum, ut furti judicium, vel, quod idem est, actio, lege XII tabularum, vel legis aquiliae actio ex celeberrima illa lege aquilia et innumerabilia alia. His ex lege judiciis opponuntur actiones, quae nobis edicto praetoris dantur, velut actio vi bonorum raptorum et id genus alia. — Illa ex lege judicia cives tenuisse et pro iis potissimum lata esse, nemo nescit. Eadem et in legitima judicia deducta esse a civibus, admonere paene supervacuum est. Unde apparet, legitima judicia et, quae ab iis differunt, ex lege judicia pariter tamen primis temporibus a civibus tantum fuisse usurpata, in quorum ambo destinata erant usum. Illud igitur ex lege judicium in legitimis tantum judiciis valebat; et legitimum judicium illi dabatur, qui ex lege se judicium habere, affirmabat. — Postea tamen quum praetor in edicto suo multas formulas proposuisset, vel in factum vel in jus conceptas, ut e. g. illam furti in quadruplum; tum evenit, ut et pro his actionibus ex edicto descendentibus legitima judicia acciperentur. — Superest casus ille, in quo ex lege judicium in judicium imperio continens deductum videmus. Hoc autem fictionibus factum esse, Gajus libr. IV. §. 33-39. testatur. Id enim plus quam manifestum est, illa ex lege judicia ad tales potissimum causas casusque spectasse, ut justum videretur, eas actiones et ad peregrinum extendi, et quo nomine Romanorum legibus actio fuerit constituta, eodem et peregrinis vel cum eis agere permitti. Nam quum in eos non simpliciter intendi posset, verbi gratia „pro fure damnum decidere oportere" civitas eis romana fingebatur in hunc modum: „judex esto. Si paret ope consiliove Dionis Servii filio furtum factum esse paterae aureae, quam obrem eum, si civis romanus esset, pro fure damnum decidere oporteret" et reliqua. Item si peregrinus furti agat, civitas ei romana fingitur. Simili-

ter si ex lege aquilia damni injuriae agat, aut cum eo agatur, ficta civitate romana judicium datur. — Erant et alterius generis fictiones in quibusdam formulis, quibus non id quidem agebatur, ut ex lege judicia et ad peregrinos extenderentur, si modo justum erat, ex lege actionem et ad peregrinum extendi, sed id potius, ut civiles actiones et his competerent, quibus, etsi cives essent, ex jure civili nequaquam competebant. Ecce, exemplis a Gajo propositis rem illustrabo. Sic is, qui ex edicto B. P. petiit, ficto se herede agit; cum enim praetorio jure et non legitimo succedit in locum defuncti, non habet directas actiones, et neque id, quod defuncti fuit, potest intendere suum esse, neque id, quod defuncto debebatur, potest intendere dari sibi oportere. Itaque ficto se herede intendit, velut hoc modo: „judex esto. Si Aulus Agerius, i. e. ipse actor, Lucii Seji heres esset, tum si is fundus, de quo agitur, ex jure Quiritium ejus esset"; vel si quid debebatur Lucio Sejo, proposita simili fictione, intentio ita subjiciebatur: „tum si paret Nm. Nm. Ao. Ao. Sestertium X millia dare oportere". — Similiter bonorum emtor ficto se herede agit, eaque species actionis serviana vocatur. Ejusdem generis est quae publiciana vocatur. Datur autem haec actio ei, qui ex justa causa traditam sibi rem nondum usucepit, eamque omissa possessione petit. Nam quia non potest eam et jure Quiritium suam esse intendere, fingitur rem usucepisse, et ita, quasi jure Quiritium dominus factus esset, intendit hoc modo: „judex esto. Si quem hominem As. As. emit et ei traditus est, anno possedisset, tum si eum hominem, de quo agitur, ex J. Q. ejus esse oporteret" et reliqua. — Hac autem publiciana actione et cives et peregrini utebantur. Illi si rem ex justa causa traditam sibi neque usucaptam amiserant, hi vero, quamvis ejus conditionis sint, ut numquam usucapione ad jus Quiritium pervenire possint, atta-

men usucepisse fingi poterant. — Unde illud necessario sequi arbitror, ante petitoriam quidem formulam fictionibus usum fuisse, quicunque, sive quia nondum usucceperat, sive quia usucapere numquam poterat, ex jure Quiritium suum esse nec sibi dari oportere, intendere non poterat. Quomodo non civibus solum in bonitario, quod dicitur, dominio, sed et peregrinis, qui non nisi in bonis habere poterant, consultum videmus. — Haec autem publiciana actio ex praetoris edicto descendit; sed tamen poterat in legitimum judicium deduci, si ea Romae civis utebatur; poterat et in imperio continens judicium, eo sc. casu, quo peregrinus rem amissam praetoris auxilii repetiturus erat. —

Quod denique supra generaliter affirmavi, formulas sc. praetoris edicto introductas, jamdiu in usu fuisse, priusquam legibus agnoscerentur, id et specialiter de publiciana formula valere arbitror. Quum enim jam diutissime publiciana formula a praetore in rem agentibus esset accommodata, tum denique mediis Augusti temporibus directa illa petitoria formula in rem proposita est, qua unusquisque, et qui in bonis tantum habere dicebat, rem suam persequeretur. Publiciana ergo formula postea bonae fidei possessori potissimum proderat.

PARS II.

DE LEGIS ACTIONIBUS.

Postquam de judiciis tractavi, transeo nunc ad legis actiones, quibus antiquitus Romani in judiciis illis utebantur. Et primum quidem generaliter definio, quid sit legis actio. Qua de re ita disserit Pomponius in l. 2. §. 6. de O. I. „deinde ex his legibus ab (sc. XII tabularum) eodem fere tempore actiones compositae sunt, quibus inter se homines disceptarent; quas actiones, ne populus, prout vellet, institueret, certas solennesque esse voluerunt; et appellatur haec

partis juris legis actiones, i. e. legitimae actiones. Et ita eodem fere tempore tria haec jura nata sunt: leges XII tabularum; ex his fluere coepit jus civile, ex iisdem legis actiones compositae sunt. Legis igitur actiones formam agendi continent, ut idem Pomponius dicit. Sed nihilominus et aliud quid legis actioni inesse credo, cui nec Pomponii verba oppugnant. Sicut enim actio non in forma tantum agendi consistit, sed est ipsum jus persequendi judicio quod sibi debetur: ita et legis actiones, quas in usu veteres habebant, non formam tantum sed eodem modo jus ipsum agendi erant. Et quomodo postea dicebatur: „actio ei est", cui jus erat aliquid judicio persequendi: eodem modo antiquis dictum esse: „legis actio ei est" persuasum habeo. — Secundum quod quaeritur, quae vis fuerit vocis legis actio? Id autem nec apud antiquos indubitatum fuisse videtur. Gajus enim duplicem nobis interpretationem proponit: „Legis actiones appellabantur, dicit, vel ideo quod legibus proditae erant, quia tunc edicta praetoris, quibus complures actiones introductae sunt, nondum in usu habebantur; vel ideo quia ipsarum legum verbis accommodatae erant, et ideo immutabiles proinde atque leges observabantur. Unde eum, qui de vitibus succisis ita egisset, ut in actione vites nominaret, responsum rem perdidisse est, quia debuisset arbores nominare, eo quod lex XII tabularum, ex qua de vitibus succisis actio competeret, generaliter de arboribus succisis loqueretur." Quem quidem locum diligenter perlegendo, ad illam opinionem perveni, legis actionem nil aliud esse quam ex lege actionem, vel, si mavis, ex lege judicium. „Lex" enim in dictione illa „legis actio" non eo spectat, neque id significat, certis legibus formam illam agendi constitutam esse. Quae enim lex sacramenti legis actionem introduxit? quae tamen antiquissima erat, semperque pro generali habebatur. Hoc idem nos Ga-

jus solum: sed et Pomponius l. c. mihi indicare videntur. Pomponius enim, antiquos voluisse, ait, actiones, non prout populus vellet, instituerentur, certas solennesque esse. „Et appellatur haec pars juris legis actiones, i. e. legitimae actiones.” Non ideo igitur legis actiones appellabantur, quia lege introductum erat, ut certae solennesque essent: sed actiones illae certae solennesque, quia ex lege descendebant, ideo legis actiones appellabantur, i. e. ex lege actiones vel legitimae actiones. Idem profecto ex Gaji loco citato efficitur. Utraeque enim, quas proponit, interpretationes in eo concordant, quod leges non formam quandam agendi, sed ipsum actionis jus introduxisse dicunt. Quamdiu enim edicta praetorum nondum in usu habebantur, tam diu legibus prodebantur actiones, et quemadmodum illae ex praetoris edicto descendentes honorariae, ita hae ex legibus venientes legitimae actiones dicuntur. Quod vero illam de arboribus succisis actionem attinet, eam ideo legis actionem nominari, ipse Gajus admonet, quod lege XII. tabularum introducta erat. — Praeterea id consideres velim, si vox „legis” nil aliud significaret quam agendi formas, quas in usu veteres habebant, legibus fuisse ordinatas, tum id prorsus intelligi non posse, cur non et formulae, quae postea in usu erant, ad actiones per formulas disceptatas, „legis actionum” nomen transtulerint, quum legibus demum introductum esse, ut per formulas disceptaretur, pro certo sciamus. — Contra vero, si legis actiones ideo ita nominatas esse dicimus, quia ipsa actio, i. e. jus persequendi judicio quod sibi debetur, ex lege descendit, et illa ratio nos haud amplius latebit, cur postea „actio” simpliciter, neque diutius „legis actio” dictum sit. Primis enim temporibus ex lege plurimae actiones descendebant: postea vero praetor plerumque in edicto suo proposuit. Denique et ille dicendi modus „lege agebatur modis quinque” sa-

cramento, per judicis postulationem „ etc.“ pro nostra opinione plurimum facit. Indicatur enim hic verbis, sacramenti depositionem stipulationemve, et judicis postulationem et condictionem modos fuisse agendi; agendi autem jus, quod proprie actio dicitur, lege esse introductum. Id tamen augeri nullo modo potest, nisi certa forma et consuetudo agendi accedat, neque consistere ullo modo, neque cogitari penitus posse. Quapropter definitioni illi „actionem jus esse persequendi judicio quod sibi debetur“, addendum censeo, non ut supplementum sed ut interpretationem: „certa solennique forma“. Unde apparet, nomen illud „legis actio“ complures in sese habere partes, unam illam, quod ex lege descendat actio, secundam illam, quod haec actio certa solennisque esse debeat, ne quis pulsus, prout vellet, jus suum persequeretur. Quae utraeque partes ita conjunctae inter se videbantur, ut per leges Aebutiam et duas Julias legis actiones sublatae dicerentur, quamvis, si accuratius investiges, antiquas tantum illas actionum certas sollennesque formas sublatas esse dicendum videatur. Actio enim ipsa, quae ex lege descendebat, non legitima actio, nequaquam sublata, sed modus tantum agendi immutatus est. Quibus generaliter expositis transeo ad singulas legis actiones. Lege autem agebatur modis quinque (Gaj. IV. §. 12.): sacramento, per judicis postulationem, per condictionem, per manus injectionem, per pignoris capionem. Omnes hae legis actiones ex certis quibusdam solennibus factis dictisque constabant; omnes identidem in jure, i. e. apud praetorem peragebantur praesente adversario; neque unus tantum, sed uterque litigantium lege agere dicebatur. Nefasto denique die lege agere non licebat, idque Gajus lib. IV. § 29. testatur, multos affirmans, pignoris capionem inter legis actiones non numerasse, non solum ideo, quod etiam extra jus peragebatur idque absente adver-

sario, sed quia nefasto quoque die, i. e. quo non licebat lege agere, pignus capi poterat. Idem Ovidius Fastorum libr. I. testatur his verbis: „ille nefastus erit, per quem tria verba silentur, — — fastus erit, per quem lege licebit agi.“ —

Sed nunc de singulis tractabo.

I. Legis actio per sacramentum.

Sacramenti legis actio, unde nomen ceperit quantaque pecuniae summa fuerit, jam supra exposui, duce Gajo libr. IV. §. 14. — Idem Gajus testatur, sacramenti actionem generalem fuisse, unde supra jam collegi, et antiquissimam esse et unicam primis temporibus fuisse. Postea autem lege vel consuetudine introductum est, ut de certis quibusdam rebus aliter ageretur, novaeque legis actiones emerserunt; quo factum est, ut sacramento agi diceretur, ubicunque ut aliter ageretur, lege cautum non erat. Sacramenti igitur actio et in rem et in personam erat. Quomodo in personam per sacramentum actum sit, Gajus libr. IV. §. 15. exponit, cujus loci principium in codice rescripto legi non potest. Deinde adjecit sacramenti actionis in rem descriptionem, quae in §. 16 et seq. exstat. Quem ordinem sequens tractabo primum de sacramenti actione in personam. Quae procul dubio multo simplicior erat quam illa in rem. Litigatores enim, quum in jure adessent, alter alterum sacramento quingenario aut quinquagenario, prout pecuniae summa erat, quae dari oportere intendebatur, provocabat, velut hoc modo: „quando negas (sc. te dare, facere debere), sacramento quingenario (vel quinquagenario) te provoco.“ Reus vero subjiciebat: „quando tu negas“ et reliqua. Harum enim formularum indicia et apud Gajum exstant, l. c., et ita Valerius Probus notas has: Q. N. T. S. Q. P. et Q. A. N. N. interpretatur. His vero peractis, litigatores post triginta dies ad collegium pontificum, qui pri-

mis temporibus soli de omnibus rebus judicabant, adu esse jubebantur; neque tamen res statim peracta erat, sed tertio denique abhinc die denuo adesse jubebantur ad rem peragendam. Haec enim ita sese habuisse, postquam ex lege pinaria judex debatur ad personales actiones dijudicandas, eodem illo Gaji loco legimus. Neque hoc, exemplo judicis dationis, ex illa lege venisse puto, sed antiquitus jam apud collegium pontificum in usu fuisse, inde mihi persuadeo, quod et Gellius l. c. sacerdotes „comperendinare" dixisse testatur, et jam Graecos eadem illa temporum spatia in dijudicandis litibus in usu habuisse legimus. — Summum denique argumentum id esse puto, quod, et si per sacramentum in rem agebatur, postquam uterque alterum invicem sacramento provocavit, adsequebantur quaecunque in personam agerentur, ut Gaj. libr. IV. §. 16. affirmat. Quae ego ita interpretor, post sacramenti provocationem litigatores jussos esse ut trigesimo die adessent, non ad judicem, sed ad Cvirale judicium accipiendum, quia ex superioribus scimus, non unum judicem, sed Cviros de actionibus in rem judicasse; post tertium deinde diem in ipso judicio ad rem peragendam aderant; neque ego video, cur differentia statuenda sit quantum ad dierum spatia, ubi cetera omnia prorsus similia sunt. Postea autem lex pinaria introduxit, ut, quum sacramento in personam egissent litigatores, non totum amplius collegium, sed unus tantum judex daretur, quem ad accipiendum litigatores post XXX. dies in jure denuo aderant. Illo igitur die reversis dabatur judex. Postea tamen, quam datus esset, comperendinum diem, ut ad judicem venirent, denuntiabant. Comperendinum autem diem tertium diem esse, multa fragmenta testantur. Unde maledicendi occasionem arripiens Cicero pro Murena c. 12., illud prorsus mirabile esse, ait, tam multos viros post tot annos etiam nunc statuere

non potuisse, diem tertium an perendinum dici oporteret. — Sed et postquam ex lege pinaria judex dabatur, sacramento prius contendere apud magistratum desitum non est. Hac enim de re nil illa lege rogatum esse, illa Gaji verba, quae alias nil nisi ejusdem rei crebra repetitio viderentur, testantur, nempe: „illud ex superioribus intelligimus, si de re minoris quam M aeris agebatur, quinquagenario sacramento non quingenario eos contendere solitos fuisse." Deinde quum ad judicem venerant, antequam apud eum causam perorarent, solebant breviter ei et quasi per indicem rem exponere: quae dicebatur causae collectio, quasi causae suae in breve coactio. Id enim testantur Gajus libr. IV. §. 15 et Asconius in Verrem I. 9. his verbis: „quo (sc. ad judicem) quum esset ventum, antequam causa ageretur, quasi per indicem rem exponebant; quod ipsum dicebatur causae conjectio, quasi causae suae in breve coactio." — Hae vero dictiones „causam conjicere" et „quasi per indicem exponere" in proverbia paene abiisse, multa, in quibus occurrunt, antiquorum fragmenta testimonio sunt. Ita Sabinus apud Paulum, „regulam quasi causae conjectionem esse," ait. Ita Gajus „omnia jura quasi per indicem exponere" satis esse dicit. in libr. III. §. 54. Sic et Justinianus in §. ult. I. de public. judic.: „de publicis judiciis parum tantum exposuisse, ait, ut (juris studiosis) possibile sit, summo digito et quasi per indicem ea tetigisse." —

Hanc autem legis actionem sacramenti in personam primis tantummodo temporibus in usu fuisse, et postea, aliarum actionum commodis obrutam, in desuetudinem abiisse, infra latius explicabo. Hoc loco illud indicasse sufficiat, legi pinariae id inprimis imputandum esse, illamque initium fuisse legis actionis per sacramentum tollendae quantum actiones in personam attinet. Sacramenti vero actio in rem tamdiu in

usu erat, quamdiu Cvirale judicium de in rem actionibus judicabat, quod usque ad Constantini II. tempora aliquotenus factum esse scimus. Quid mirum igitur, quod Gajus, Gellius et Cicero de sacramenti actione in rem ut de institutione adhuc vigente loquuntur? Gajus praesenti tempore utitur his verbis: „igitur quum ad Cviros itur, ante lege agitur apud praetorem . . .“ et subinde: „in Cviralibus judiciis hasta praeponitur“. Cicero pro Murena c. 12 vindicationis formam, quae tempore legis actionis per sacramentum vigebat, ut suo tempore indignam deridet. — Gellius libr. XX. c. 10. § 1. denique expressis verbis et suo tempore legis actionem in rem in usu esse testatur his verbis: „ex jure manum consertum, verba sunt ex antiquis actionibus, quae cum lege agitur et vindiciae contenduntur, dici nunc quoque apud praetorem solent.“ De hac ergo sacramenti actione in rem latius disserere operae pretium est. —

In rem actiones omnes generali appellatione vindicationes nominatas esse nemo nescit. Unde vero haec appellatio originem duxerit, e Gajo demum didicimus. Vindicatio enim a vindicta nominata est. Vindicta autem est festuca, qua antiqui hastae loco utebantur, signo quodam justi dominii. Hac autem festuca in rem agentes vim imaginariam exercebant, quae festucaria vis a festuca illa nominabatur, et verbo potius dicebatur quam re vera fiebat, ut Gellii verbis utar. Haec autem aliter in re mobili, aliter in re immobili fiebat; quamvis ratio in utroque casu eadem fuerit. Separatim igitur de utraque agam.

Rerum autem mobilium vel se moventium vindicatio ita fiebat. Res ipsa, si modo talis erat, ut fieri posset, in jus adducebatur vel afferebatur. Si qua res contra talis erat, ut non sine incommodo posset in jus afferri adducive, velut si columna aut grex alicujus pecoris esset, primis quidem temporibus praetor

simul cum litigatoribus ad rem ipsam proficisci solebat; idque ex XII tabulis fiebat, in quibus ita scriptum est: „si qui in jure manum conserunt". Sed postquam praetores propagatis Italiae finibus, auctis jurisdictionibus, negotiis occupati, proficisci vindiciarum dicendarum causa in longinquas res gravabantur, institutum est contra XII tabulas, tacito consensu, ut litigantes soli ad eam rem, de qua controversia erat, proficiscerentur, indeque partem aliquam sumerent. Itaque ex grege vel una ovis aut capra in jus adducebatur, vel etiam pilus inde sumebatur et in jus adferebatur; ex nave vero vel columna aliqua pars defringebatur. In hanc vero rem, sive tota sive pars aliqua fuerit, qui vindicabat, ita agebat: festucam tenens ipsam rem apprehendebat velut hominem, et ita dicebat: „hunc ego hominem meum esse ajo secundum suam causam, sicut dixi, ecce tibi vindictam imposui", et simul homini festucam imponebat. Adversarius ei similiter dicebat et faciebat. Cum uterque vindicasset, praetor dicebat: „mittite ambo hominem". Illi mittebant. Qui prior vindicabat: „postulo anne dicas, qua ex causa vindicaveris". Ille respondebat. „jus peregi sicut vindictam imposui". Deinde qui prior vindicaverat dicebat: „quando tu injuria vindicavisti, D aeris sacramento te provoco". Adversarius quoque dicebat: „similiter ego te", seu L asses sacramenti nominabant. Haec ita Gajus describit. Gellius vero libr. XX. c. 10. §. 7. litigatores narrat, dum talia in jure apud praetorem perpetrant, „manum conserentes" appellatos fuisse, his verbis: in manum conserere est, de qua re disceptatur, in re praesenti, sive ager sive quid aliud est, cum adversario simul manu prendere, et in ea re solennibus verbis vindicare". Hic autem aliquantulum subsistamus.

Primum enim quaero, quo verba illa formulae: „secundum suam causam, sicut dixi ...." referenda

sint. Mihi ex his ipsis verbis illud sequi videtur, ante omnia litigatores, quum ad praetorem venissent, causam ipsam libera oratione illi exposuisse, et postea in solennibus vindicationis formulis ad ea, quae latius jam exposuerant, verbo uno sese retulisse. Haec et quae sequuntur formulis confirmantur. Illa enim: „postulo anne dicas, . . .“ jam antea ultro citroque habitam orationem requirunt. Adversarius enim nil amplius quam se jus peregisse respondet.

Deinde hoc velim animadvertatur, numquam actoris vel rei mentionem fieri, sed ejus tantum qui prius, et alterius qui contra vindicat; quod naturae vis imaginariae et festucariae optime convenit. Non enim alter petitor alter possessor ejusdem rei fingitur, sed ambo manus conserere vique omnia gerere finguntur, ita ut uterque praetori in eadem prorsus conditione esse videatur. Sed quia in litibus permultum interest, uter petitor uter possessor intelligatur, quod, etiamsi ejus res non sit qui possidet, si modo actor non potuerit suam esse probare, remanet suo loco possessio; ideo praetor, postquam ambo rem mittere jussit, secundum alterum eorum, ut ait Gajus, vindicias dicebat, i. e. interim aliquem possessorem constituebat, eumque jubebat praedes adversario dare litis et vindiciarum, i. e. rei et fructuum. Haec vero ampliorem requirunt commentarium. Et primum videamus de significatione vocis „vindiciae“. De qua praeter Gaji commentarios apud Gellium Festumque quaedam leguntur. Primitiva significatio mihi illa videtur, quam Gellius indicat, vindiciam esse dicens correptionem in re atque in loco praesenti. Derivata mihi illa videtur, quam Servius Sulpicius tradit, vindiciam esse affirmans rem, de qua controversia est. Idem prorsus pluraliter formatum vocabulum significare, Festus testatur his verbis: „vindiciae appellantur res eae, de quibus controversia est“. Hinc dictum esse puto: „vindicias se-

cundum aliquem dicere". Id enim verbotenus nil aliud significat, quam rem, de qua controversia est, interim alicui adjudicare. Sed quia omne adjudicatae interim rei commodum in eo consistit, quod fructus inde percipi possunt, ideo et fructus ipsi vindiciae dicti sunt, quae significatio in illa dictione: „praedes litis et vindiciarum" exstat. Has vero vindicias praetor secundum alterum litigantium, omnibus prius peractis, in fine demum totius in jure processus dicere solebat. Cujus rei ratio in eo consistit, quod tum demum judicii statim insequentis gratia necesse erat aliquem possessorem, aliquem petitorem constituere. Illud autem in arbitrio praetoris positum erat, secundum quem vindicias dicere vellet. Neque tamen ex ira vel favore hunc alterumve possessorem constituere permissum erat, sed et hoc decretum ex aequitate et jure vires assumere debebat. Jus autem hoc, secundum quod praetor possessionem decernere solebat, ex consuetudine venit. Ita antiquissimam observantiam eamque XII tabulis confirmatam fuisse scimus, ut vindiciae semper secundum libertatem, numquam secundum servitutem darentur. Quam veterrimam juris observantiam haud impune neglexisse Appium illum decemvirum, vindicias secundum eum dantem, qui suppositus ab eo Virginii filiam in servitutem vindicabat, nemo est qui nesciat, conf. l. 2. §. 24. D. de O. J. Ita in vindiciis dandis et illud constanter observari solebat, ut numquam is possessor constitueretur, qui pro praede litis vindiciarum satisdare non posset. Id quantum ad hereditatis petitionem testatur Paulus R. S. libr. I. 11. §. 1. „quoties hereditas petitur, satisdatio jure desideratur, et si satisdatio non detur, in petitorem hereditas transfertur. Si petitor satis dare noluerit, penes possessorem possessio remanet; in pari enim causa potior est possessor". Sed haec vel minima pars erat regularum illarum,

quae praetori in constituendo possessore observandae erant. Persuasum enim habeo, jus omne interdictorum, quae possessionis causam continent, in vindiciis dandis originem cepisse, ibique invaluisse, indeque in edictum translatum esse. Ut rem exemplo illustrem, veterem illam differentiam inter interdictum uti possidetis et utrubi ex illo tempore originem duxisse arbitror. Usu enim vindiciarum dicendarum obtinuisse videtur, ut, si de re mobili agebatur, possessor is constitueretur, qui majore parte ejus anni nec vi nec clam nec precario adversario possidebat; si vero de re soli, is vinceret, qui decreti tempore possidebat, si modo nec vi nec clam nec precario nactus fuerat ab adversario possessionem, etiamsi alium vi expulerat, aut clam abripuerat alienam possessionem, aut precario rogaverat aliquem, ut sibi possidere liceret. Tum praetor decretum interponebat, veluti, si de re soli contentio erat: „uti possidetis, quominus ita possideatis, vim fieri veto"; si vero de re mobili: „utrubi possessio majore parte hujus anni erat" et reliqua. Unde postea dictum est, interdicta utrubi eum vincere, qui majore parte ejus anni possederat; uti possidetis vero illum, qui interdicti tempore possidebat. Neque ego certissima indicia deesse arbitror, interdictorum jus jam vindiciarum dicendarum tempore in usu fuisse, ibique primum invaluisse. Inter quae maximi momenti est illud, quod expressis verbis traditur, utrubi et uti possidetis interdicta retinendae possessionis causa comparata esse, tumque praesertim in usu fuisse, quum ab utraque parte de proprietate alicujus rei controversia sit, et ante quaeratur, uter ex litigatoribus petere et uter possidere debeat. Namque nisi ante exploratum fuerit, utrius eorum possessio sit, non posse petitoriam actionem institui, quia et civilis et naturalis ratio faciat, ut alius possideat alius a possidente petat. Accedit et nomen congruens. Proprie enim

„vindicias secundum alterumutrum dicere", „decernere", vel „decretum interponere" dicebatur. Unde Appius Claudius apud Livium libr. III. c. 46. in causa Virginiana: „jus eo die se non dicturum edixit, neque decretum interpositurum". Sed et ipsa interdicta, uti postea nominantur „decreta" appellata prius esse, multa fragmenta testantur, Ita in §. 1. I. de interdictis (IV. 15.): „sunt tamen qui putant, proprie interdicta ea vocari, quae prohibitoria sunt, quia interdicere est denuntiare et prohibere; restitutoria vero et exhibitoria proprie decreta vocari". Et Gajus libr. IV. §. 139: „et in summa aut jubet aliquid fieri aut fieri prohibet (sc. praetor). Formulae autem verborum et conceptiones, quibus in ea re utitur, decreta vocantur." §. 140: „vocantur autem decreta, quum fieri aliquid jubet, velut cum praecipit ut aliquid exhibeatur aut restituatur; interdicta vero, quum prohibet fieri". Neque hic mihi quisquam objiciat, utrubi et uti possidetis interdicta esse prohibitoria, quae nunquam decreta vocata sint. Contrarium enim sentio, omnia scilicet interdicta decreta esse, sed prohibitoria postea speciali nomine interdicta (interdicere est enim prohibere) nominata esse; quod nomen postremo et ad reliqua decretorum genera translatum est, ita ut tunc demum interdicta interpretarentur ICti ea esse, quae inter duos dicantur. Ita obtinuisse, Justinianus in institutionibus ait, ut omnia interdicta appellarentur, quamquam restitutoria et exhibitoria nil aliud sint quam decreta. — Ita praetorem certas, quas ipse constituit, juris regulas in vindiciis decernendis sequi oportebat. Quid tamen, si injuste decrevisse dicebatur? alterque litigantium sese praegravatum dicebat? In tali casu tres arbitri dabantur ad dijudicandam controversiam. Hoc enim XII tabulas statuisse uti putem, inducunt me verba, quae apud Festum s. v. vindiciae leguntur: „si vindiciam falsam

tulerit rei sive stlitis, praetor arbitros tris dato, eorum arbitrio fructus duplione damnum decidito". Vindiciam enim falsam ferre nil aliud est, quam possessionem, quae ad se non pertinet, accipere. Hunc vero vetustissimum interdictorum ordinem atque exitum, si cum eo conferamus, quem postea obtinuisse, ex Gajo compertum habemus, summa inter utrosque similitudo et paene consonantia invenitur. Gajus enim de sui temporis consuetudine ita narrat (libr. IV. §. 141.): „nec tamen cum quid jusserit fieri aut fieri prohibuerit, statim peractum est negotium; sed ad judicem recuperatoresve itur, et tum ibi editis formulis quaeritur, an aliquid adversus praetoris edictum factum sit, vel an factum non sit, quod is fieri jusserit; et modo cum poena agitur, modo sine poena; cum poena, velut cum per sponsionem agitur; sine poena, velut cum arbiter petitur. Et quidem ex prohibitoriis interdictis semper per sponsionem agi solet, ex restitutoriis vero vel exhibitoriis modo per sponsionem modo per formulam agitur, quae arbitraria vocatur." §. 164: „observare debet is, qui volet arbitrum petere, ut ita eum petat, antequam ex jure exeat, i. e. antequam a praetore discedat: sero enim petentibus non indulgebitur." §. 165: „itaque, si arbitrum non petierit, sed tacitus de jure exierit, cum periculo res ad exitum perducitur; nam actor provocat adversarium sponsione: si contra edictum praetoris non exhibuerit aut non restituerit; ille autem adversus sponsionem adversarii restipulatur. Deinde actor quidem sponsionis formulam edit adversario; ille huic invicem restipulationis. Sed actor sponsioni vel ejus formulae subjicit et aliud judicium de re restituenda vel exhibenda, ut si sponsione vicerit, nisi ei res exhibeatur aut restituatur, adversarius, quanti ea res sit, condemnetur." Neminem autem fugit illa, quam modo observavimus, similitudo inter hunc re-

centiorem et illum vetustissimum interdictorum ordinem et exitum. Ex XII tabulis tres dabantur arbitri; postea unus tantummodo, qui modo arbiter modo judex vocatur. Haec numeri differentia passim occurrit. Ita et finibus regundis tres arbitri a XII tabulis constituti, quorum numerum ad unum postea redegit lex mamilia. Neque haec deminutio alicui mira videatur. Is enim temporis illius tenor atque progressus erat, ut ubicunque fieri posset, loco plurium unus tantummodo judex constitueretur. Cui progressui et legem illam pinariam inserviisse vidimus. Duplex igitur Gaji temporibus via procedendi patefacta erat litigatori, qui adversarium suum vindiciam falsam tulisse querebatur. Aut enim arbitrum postulare poterat, dummodo statim, antequam ex jure exeat, id faciat; aut sponsione adversarium provocare licebat, qua is demum vincebat, qui alterum contra praetoris edictum fecisse probabat. Quam quidem sponsionis viam in prohibitoriis interdictis usitatiorem fuisse, ex superioribus intelligimus. Quae autem XII tabulis hac de re sancita erant? Puto neque per formulam arbitrariam neque per sponsionem ex XII tabulis fuisse litigatum, sed adhuc per generalem illam sacramenti actionem. Cujus sententiae haec argumenta habeo. In verbis XII tabularum alius legis actionis nulla fit mentio. De quibus vero rebus, ut aliter ageretur, lege cautum non erat, de his sacramento agebatur. Ideo et hic litigatores sese sacramento invicem provocabant, itaque novam apud praetorem litem instituebant de possessione. Sacramenti autem provocatione peracta, manifestum est, statim datos esse a praetore ex lege XII tabularum tres, ex lege autem mamilia unum arbitrum. Nullae enim antea novae vindiciae a praetore dicebantur ad litigatorum partes definiendas, sed manebant interim primae illae vindiciae. Qui vero primas has vindicias tulerat, adversario cavebat, ut, si contra

ipsum arbitri pronuntiassent, rei possessionem victori restitueret. Tum autem, re deliberata, si e. g. contra eum pronuntiaverunt arbitri, qui possessionem habebat ipse et sacramenti summa cecidisse et ad rem ipsam restituendam teneri videbatur ipso jure. Praeterea cum ad restituendos, quos interea perceperat, fructus condemnabant arbitri, et hoc amplius ad eorundem fructuum pretium poenae nomine solvendum. Id enim praecipiebant verba XII tabularum: „eorum arbitrio fructus duplione damnum decidito." Quod autem fructuum pretium esset, definire arbitrorum erat. Id enim illa ipsa XII tabularum verba dicunt „eorum arbitrio"; quae eadem simul me inducunt, ut fructus licitationem postea tantum in usum venisse putem. Ideo cujus vindicia falsa ab arbitris pronuntiata erat, primum sacramenti summam, deinde fructus, et praeterea eorum pretium poenae nomine solvere cogebatur; denique possessionem ipsam restituere, vel stipulationis de possessione restituenda factae summam exsolvere tenebatur. Talis mihi vindiciarum vetustissimus ordo atque exitus fuisse videtur. Postea autem, sub legis actionum adhuc imperio, quaedam de hac severitate immutata sunt. Duplici enim modo illa de falsis vindiciis querela ad finem perduci posse videbatur: aut ita ut novae penitus liti materiam praeberet, aut ita ut partem tantum inchoatae jam de dominio rei litis in se contineret. Quae differentia illum habebat effectum, ut primo casu nova de possessione lis novam legis actionem novamque igitur sacramenti provocationem requireret; secundo vero majori liti incidens possessoria quaestio legis actione esset contenta, quae initio totius facta erat. Et ita licuisse videtur actori, qui falsam vindiciam querebatur, relicta nova sacramenti provocatione, statim a praetore arbitrum petere ad possessionis quaestionem examinandam. Qui, si e. g. contra possidentem pronuntiavit, secundum quem

praetor vindicias dixerat, ad nil aliud hic tenebatur, quam ut rei ipsius possessionem victori restitueret, vel hac de re initae stipulationis summam exsolveret; et praeterea, quos interea percepit, fructus exhiberet. Nullam vero sacramenti summam neque fructuum pretium poenae nomine petebat victor. Ex his autem duobus antiquissimis agendi modis procul dubio emanarunt illi, qui postea obtinuisse, a Gajo l. supra c. dicuntur. Actio enim, quae dicitur per sponsionem, ex sacramenti legis actione originem traxit; in locum vero arbitri postulationis successit arbitraria actio. Quod utrumque facili est probatione. Et primum de actione per sponsionem. Sponsionem hanc nil aliud esse, quam antiquam sacramenti provocationem, supra jam probavi. Reliqua omnis probatio in eo consistit, ut demonstretur, illam XII tabularum „fructus duplionem" nil aliud esse, quam fructus licitationis summam adjecto ipsorum fructuum pretio, quae secundum Gajum libr. IV. §. 167. victus exsolvere tenebatur. Id autem jam supra annotavi, ex lege XII tabularum in nova hac de vindiciis lite possessionem interea apud eum remansisse, cui a praetore modo data erat. Postea vero fructuum licitatio introducta est, per quam, qui in nova hac possessoria lite petitor, qui reus esset, definiretur. Possessionis enim quaestione commota, inter adversarios contentio fructus licitationis fit. Scilicet quia amborum interest, possessorem esse; praetor tantisper rei possessionem et rei fructus vendit. Quae fructus licitatio cum habet eventum, ut qui licitando alterum vicerit, tantisper in possessione constituatur, si modo adversario suo fructuaria stipulatione caveat, cui vis ac potestas haec inest, ut, si contra ipsum esset postea pronuntiatum, possessio restituatur. Tum autem omnis res apud praetorem perfecta est, judicique nunc dijudicanda traditur. Hic autem, postquam exploravit quod praetor interdicto

suo complexus est, et secundum me forte de possessione pronuntiavit, adversarium et sponsionis et restipulationis, quam cum eo feci, condemnat, et consequenter me sponsionis et restipulationis, quae mecum factae sunt, absolvit; et hoc amplius, si apud adversarium meum possessio est, quia is fructus licitatione vicit, fructus licitationis summam poenae nomine solvere, et praeterea possessionem restituere, praeterea fructus ipsos, quos interea percepit, reddere jubet. Summa enim fructus licitationis non pretium est fructuum, sed poenae nomine solvitur, quod quis alienam possessionem per hoc tempus retinere, et facultatem fruendi nancisci conatus est. Quae omnia, quantum antiquissimo illi vindiciarum ordini conveniant, nemo non videt. Sponsionis enim summa successit in locum sacramenti summae; fructus duplio nil aliud est, quam quod postea victus possessor praestare solebat, fructus scilicet, quos interea percepit, simul cum fructus licitationis summa. Ipsam denique rei possessionem victus possessor, sicut tempore XII tabularum, ita et postea restituere cogebatur. Quia autem, sicut infra probabo, qui in possessione erat, nulla directa vi, ut eam exhiberet vel restitueret, cogi poterat, nec tamen arbitraria actio jam erat in usu, necessarium erat actori et Gaji temporibus, de restituenda vel exhibenda re stipulationem illam subjicere fructuariam, de qua postea proprio judicio, quod secutorium vocabatur, quia sponsionis victoriam sequebatur, experiri potestas erat. Neque minus profecto congruunt inter se simplex illa arbitri postulatio et formula arbitraria. Sicut enim, qui arbitrum simpliciter petierat, si secundum eum pronuntiatum sit, nil aliud petere poterat quam fructuum pretium et stipulationis, quae de restituenda vel exhibenda re facta est, summam: ita et in formula arbitraria, si judicis arbitrio quid restitui vel exhiberi debebit, sine poena exhibet vel restituit

reus, et ita absolvitur: quodsi neque restituat neque exhibeat, quanti ea res est, condemnatur; id enim officium judicis arbitrariae actionis continet; cujus vice antea, nulla adhuc arbitraria formula recepta, cascellianum sive secutorium judicium functum esse videtur. Exstant praeterea alia ejusdem consonantiae indicia. „Observare enim debet is, qui volet arbitrum petere, ut ita eum petat, antequam ex jure exeat, id est, antequam a praetore discedat: sero enim petentibus non indulgebitur. Itaque si arbitrum non petierit, sed tacitus de jure exierit, cum periculo res ad exitum perducitur". (Gaj. lib. IV. §§. 164, 165.) Quae res optime convenit illis, quae supra de origine actionis per arbitri postulationem dixi. Nova enim sacramenti provocatione tum demum supersedebant litigatores, si incidens videbatur lis de possessione. Qui vero tacitus de jure exit, et post tempus tantum falsam vindiciam queritur, quasi de nova causa novam instituere videtur actionem, quae novam requirat sacramenti vel sponsionis provocationem. Ipse denique sponsionis et formulae arbitrariae diversus usus ex origine tantum illa intellectum capit. Manifestum est enim, cum restitutorium vel exhibitorium interdictum redditur, velut ut restituatur possessio ei, qui dejectus est, eum, qui adhuc possidet, in eo casu esse, ut statim quidem de falsis vindiciis arbitrum possit petere. Contra vero prohibitorii interdicti ea est natura, ut longiorem requirat examinationem. Examinare enim debet is, contra quem redditum est, num scilicet adversarius rem per id tempus, quo interdictum redditum est, nec vi nec clam nec precario possederit; vel num majore parte ejus anni sine vitio possederit. Quae exploratio non statim quidem fieri potest, ita ut in prohibitoriis interdictis tacitus semper ex jure exeat victus. Quo factum est, ut quasi juris regula observaretur, ut in prohibitoriis interdictis semper per spon-

sionem agi soleret, in restitutoriis vero vel exhibitoriis modo per sponsionem modo per formulam, quae arbitraria vocatur. arg. Gaj. IV. §. 141.

Haec hactenus de vindiciarum ordine atque exitu. Nemini jam dubium esse potest, quin vindiciarum consuetudo originem dederit interdictis omnique interdictorum juri. Cui prorsus et illud consentaneum est, quod Justinianus in §. 8. I. de interdictis affirmat his verbis: „quoties extra ordinem jus dicitur, qualia sunt hodie omnia judicia, non est necesse, interdictum reddi". Quamdiu enim inter praetorem et judicem judicium divisum erat, decretum sive interdictum de vindiciis reddi necesse erat, ut ita postea judicaretur; postea vero inter jus judiciumque differentia sublata, nullam amplius interdictorum necessitatem fuisse manifestum est.

Id autem dubium esse non potest, illam, quam supra memoravi, vindicationum rei mobilis et immobilis differentiam in consuetudine naturaque vindiciarum dicendarum nil penitus immutasse. Eodem igitur modo, si de fundo controversia erat, antequam ad judicem res transiret, vindiciae secundum alterutrum dictae, et idem deinde hujus decreti ordo atque exitus, si vindiciam falsam tulisse alter criminabatur. Cujus rei tota pro Caecinna oratio testimonium est.

Transeo nunc ad rerum immobilium vindicationem. Hujus autem initium exordiumque in deductione quadam solenni consistebat. Ejus vero nullam mentionem apud Gajum invenio. Disseruit tamen sine dubio hoc de argumento in illo folio, in quo tractatus de legis actionibus continuatus erat, quod nunc autem deperditum lugemus. In cujus amissi solatium alia aliorum scriptorum fragmenta, quae hac de re disserunt, a temporum iniquitate servata habemus. Secundum quae haec hac de re pro certo affirmari possunt. Ex superioribus enim intelligimus, vim illam imagi-

nariam et civilem coram praetore per festucae impositionem ita factam esse, ut nemo actor, nemo possessor intelligeretur; easque praetoris partes fuisse, ut omnibus in jure peractis, tum demum secundum alterum litigantium vindicias diceret. Cui rei prorsus non conveniebat, si de fundo controversia erat, jam ab initio aliquem possessorem esse. Unde evenit, ut eadem vis illa imaginaria adhiberetur, antequam vindicatio ipsa fieret, ad deducendum fundi possessorem. Sicuti autem supra in rei mobilis vindicatione id primum usitatum fuisse didicimus, ut, si haud sine incommodo aliqua res in jus adferri adducive posset, tum praetor una cum partibus ad rem ipsam proficisceretur ibique in re atque in loco praesenti vindicatio fieret; ita, et si de fundo vel de aedibus controversia erat, praetor partesque litigantes ad fundum, de quo controversia erat, sese conferebant, et deinde in re atque in loco praesenti apud praetorem alter alterum deducebat, hocque perfecto, solennibus verbis, quae supra tradidi, vindicabant. Sed postquam praetores, sicuti jam in rei mobilis vindicatione vidimus, propagatis Italiae finibus, auctis jurisdictionibus, negotiis occupati, proficisci vindiciarum dicendarum causa in longinquas terras gravabantur, institutum est contra XII tabulas, tacito consensu, ut litigantes non in jure apud praetorem manum consererent, sed ex jure manuum consertum vocarent, i. e. alter alterum de jure ad conserendam manum in rem, de qua ageretur, vocaret; atque profecti simul in agrum, de quo litigabatur, terrae aliquid ex eo, uti unam glebam, vel si de aedibus controversia erat, tegulam in jus in urbem ad praetorem deferrent, et in ea gleba vel tegula tamquam in toto agro vel aedibus vindicarent. Hoc igitur inde a tempore deductio et quae proprie vindicatio nominatur, magis separata. Illa enim extra jus peragebatur, haec vero in urbe

apud praetorem in partem aliquam, quasi in totam rem praesentem, fiebat. Illo etiam ex tempore non solum in jure apud praetorem manus conseri dicebantur, sed et extra jus, si qui ex jure manum consertum vocabant. Sic et manus consertae duplices esse videri coeperunt: alterae in jure apud praetorem, cum uterque litigantium partem rei litigiosae manu prendebat, solennibusque verbis vindicabat; alterae vero extra jus, cum unus litigator ab altero deduceretur, glebaque vel tegula sumeretur. Neque tamen hic loci res subsistebat, sed mutatam hujus deductionis consuetudinem invenio apud Ciceronem his locis: pro Murena c. 12.; pro Caecinna c. 1, 7, 8; pro Tullio §. 16. (edit. Orellii). Quae fragmenta si simul legamus et ex uno quod alteri desit addamus, haec summa efficitur. Deductio etiam Ciceronis temporibus in usu erat, sed neque coram praetore fiebat, sicut XII tabularum tempore, neque ex jure vocabantur litigatores; sed liberum erat partibus, quando et unde ad deducendum proficisci vellent. Ita Aebutio et Caecinnae placuisse, Cicero ait, constituere quo die in rem praesentem veniretur, et de fundo Caecinna moribus deduceretur. Dies deinde ex utriusque commodo sumta. Caecinna ad diem venit in castellum Axiam, a quo fundus, de quo agebatur, non longe aberat. Idem in castellum et Aebutius venit. Tum de castello descendunt, in fundum proficiscuntur. — In jure autem apud praetorem res ita agebatur. Primum accuratissime fundum, de quo agebatur, designabat qui vindicabat, quem „loquaciter litigiosum" Cicero irridens nominat. „Fundus, inquit, qui est in agro, qui sabinus vocatur, eum ego ex j. Q. meum esse ajo." Et deinde: „inde ibi ego te ex jure manu consertum voco." Huic ille, unde petitur, respondet: „unde tu me ex jure manum consertum vocasti, inde ibi ego te revoco." Praetor vero proficisci jubebat his verbis: „suis utrisque su-

perstitibus praesentibus, istam viam dico: inite viam Quam formulam Festus s. v. superstites illustrat: „superstites praesentes testes praesentes significat; cujus rei testimonium est, quod superstitibus praesentibus ii, in quos controversia est, vindicias sumere jubentur". Praeterea autem erat ille: qui jussis inire viam doceret. „Inite viam." Eodem duce, unde abierant, eodem statim redibant. Haec omnia dicis gratia apud praetorem agebantur in memoriam eorum, quae tempore XII tabularum re vera exsequi mos fuerat. In hac vi deductione, quae novissimo tempore a litigatoribus privatim, neque coram praetore fiebat, nil prorsus interfuisse, uter ab altero deduceretur, uter vero deduceret, Ciceronis verba illa docent: „aut deduceret et aut ab eo deduceretur." Neque haec secundum ea, quae supra dixi, cuiquam mira videri possunt. In omni enim antiqua illa vindicatione ante vindicias a praetore dictas nemo actor, nemo possessor intelligebatur, sed eodem prorsus loco uterque habebatur, atque ad praetoris decretum de constituendo possessore vel minimi momenti erat, qui deduxisset, quive deductus esset. Si autem quaeras, cur in rebus soli tantummodo haec deductio necessaria fuerit habita, in mobilibus contra jam illa coram praetore vindicatio sufficerat, loco expositionis verbosae illud monuisse sufficiat, quod in edicto illo unde vi eadem haec differentia semper obtinuit. Illud enim unde vi edictum et in re soli et in re mobili aeque utile erat, si modo qui id postulabat, possessionem vi sibi ablatam diceret. Qui autem rem mobilem absente domino in suam possessionem redegit, jam in possessione esse dicitur, et contra eum interdictum utile est; res vero soli, si absente et insciente domino fuerit ab aliquo occupata, tum demum in hujus possessione esse videtur, si reversus dominus alienum detentorem iterum dejicere non valuerit. Sic et antequam deductio illa, vis quae

dam imaginaria et civilis, fuerit facta, praetor interdictum de possessione edere poterat. —

Haec hactenus de legis actione per sacramentum in rem. — Sive autem in rem sive in personam per sacramentum actum fuerit, judex id tantum pronuntiabat, utrius sacramentum justum esset. Hoc Tullius noster confirmat in orat. pro Caec. c. 33. Decemviros enim narrat, quum Arretinae mulieris libertatem defenderet, re quaesita et deliberata, sacramentum suum justum judicasse. Ita et in sponsionis actione, quam ex sacramenti actione originem cepisse, supra probavi, eadem obtinuit consuetudo, sicut in eadem Tullii oratione invenio: „sponsio facta est; hac de sponsione vobis judicandum est." Per hoc autem sacramentum et per hanc sponsionem de re ipsa judicatum erat; et per rei judicatae exceptionem ipsum, quod ad rem pertinebat, jus confirmatum erat. Constat praeterea, legis actionum tempore ipsam rem condemnatum esse eum, cum quo actum est, nec pecuniariam fuisse jam tum omnem condemnationem, sicut in formulis postea in usu erat. Unde sequitur, ipsum illud de sacramento judicium de re ipsa judicium visum esse.

In fine hujus de sacramenti legis actione tractatus pauca de fictione vindicationis addere lubet.

Primum quidem in jure cessio, quae dicitur, nil aliud est quam fictitia vindicatio. In jure cedit dominus, vindicat is, cui ceditur, addicit praetor. Idem et in adoptione locum habet. Filius enim manumissus prius patri remancipatur, et ab eo is, qui adoptat, vindicat filium suum esse, et illo contra non vindicante, a praetore vindicanti filius addicitur. In eodem denique ordine habendae sunt manumissio servi et emancipatio filii. Unum enim manumittendi genus apud praetorem fit per vindictam, de quo genere ita Boethius in commentario ad Ciceronis Topica: „erat etiam pars altera

accipiendae libertatis, quae vindicta vocabatur. Vindicta vero est virgula quaedam, quam lictor manumittendi servi capiti imponens, eundem servum in libertatem vindicabat, dicens quaedam verba solennia, atque ideo illa virgula vindicta vocabatur." Emancipatio autem nil aliud est, quam liberorum, postea quam mancipati fuerint, manumissio. Sed filius quidem ter mancipatus, ter manumissus sui juris fit. Ceteri autem liberi praeter filium, tam masculi quam feminae, una mancipatione manumissioneque sui juris fiunt. Haec quidem omnia, quibus vindicationis fictio inest, legis actiones vocata invenimus; quia et ipsa vindicatio per legis actionem fiebat. Hoc igitur sensu et in digestis et in codice multifaria fit mentio magistratus, apud quem legis actio est, i. e. apud quem et manumitti servus et in adoptionem dari filius, et emancipari liberi et in jure cedi res possunt.

II. Legis actio per judicis postulationem.

Transeo nunc ad legis actionem per judicis postulationem. Haec enim secundo loco a Gajo enumeratur. Ceterum, quae specialiter hac de actione Gajus in commentario IV. disseruit, deperdita sunt. Sunt quidem, qui hanc legis actionem per legem pinariam introductam dicunt. Quorum sententiae ut accedam, a me impetrare non possum. Lex enim pinaria id tantum instituit, ut unus judex daretur, quotiescunque in personam actio dijudicanda esset. Sacramentum tamen non sublatum, ita ut, antequam ad judicem irent, litigatores apud praetorem sacramento contenderent. Unde manifestum fit, legem pinariam, utpote quae sacramento nil derogavit, legis actionem per judicis postulationem introducere non potuisse. Plus dico, ne aliam quidem ullam certam legem judicis postulationem introduxisse persuasum habeo, quamquam id nequaquam nego, judicis postulationi locum non fuisse, ubi non et antea jam judex ex lege pinaria dari poterat.

Unde id primum sequitur, legis actione per judicis postulationem in personam tantum actum fuisse. Neque tamen omnes omnino in personam agentes hac legis actione utebantur. Qui igitur fuerint, et in quibus casibus haec legis actio locum habuerit, in primis quaerendum est; hacque in quaestione omnia versantur, quae de origine hujus actionis disseri possunt, sicut ex ipsa re apparebit.

Et multa quidem sunt juris negotia, quibus, ut Cicero de officiis libr. III. c. 17. dicit, vitae societas inest, unde si controversia oriatur, non simplex et asperum illud quaeritur, num verbi gratia Lucius Sejus Titio X dare oporteat; sed illud potius mite et moderatum, quid quemque cuique praestare oporteat ex fide bona; ex quo igitur negotio si agamus, nunquam hoc animo agimus, ut totam litem aut obtineamus aut amittamus, sed ut neque nihil neque tantum quantum postulavimus consequamur. His autem negotiis actionibusque dijudicandis sacramenti illa actio apta non est. Sacramentum enim aut justum aut injustum judicari vidimus; tertium non invenitur, neque umquam pro parte justum pro parte vero injustum judicatum esse legimus. Attamen et illud constat, primis temporibus per sacramentum tantum in personam actum fuisse. Unde manifestum fit, iisdem illis temporibus ex omnibus omnino negotiis asperum tantum illud intendere potuisse actorem, scilicet adversarium rem aliquam certam vel certae pecuniae summam dare oportere. Illo igitur tempore qui ex negotio agebat, cui postea bonae fidei nomen inditum videbimus, veluti pro socio, mandati, negotiorum gestorum, eum ita semper intendere oportebat, ut certam aliquam rem vel pecuniae summam certam nominaret. Quod quidem agendi genus, — quamquam et in digestorum libris talia exempla invenimus, ubi quis verbi gratia M ex vendito adversarium dare oportere intendebat, —

tamen periculosum erat, quia qui vel uno nummo plus complexus fuerit intentione sua, totam litem perdit; et, si de eadem re iterum instituat litem, per exceptionem rei judicatae excluditur. Minus autem intendere licebat; de reliquo vero intra ejusdem praeturam agere permissum non erat; nam qui ita agebat, per exceptionem excludebatur, quae exceptio appellatur litis dividuae. Cui similis est exceptio rei residuae. Nam si is qui cum eodem plures lites habebat, de quibusdam egerit, de quibusdam distulerit, ut ad alios judices agantur, si intra ejusdem praeturam de his, quae ita distulerit, agat, per hanc exceptionem, quae appellatur rei residuae, summovetur. Quas exceptiones et tum potissimum fuisse in usu, ubi et ex bonae fidei negotiis strictis actionibus agendum erat, latius exponere non est necesse. Ipsa autem negotiorum illorum natura atque vis mox aliud agendi genus commodius, simplicius, neque tam periculosum requirere videbatur. Quae necessitas eo litigantes adduxit, ut praetorem adirent de arbitro ipsis constituendo informandoque, ex cujus fide bona tale negotium distraheretur, et quid quemque cuique praestare oporteat, definiretur. Talem autem arbitrum praetor ex suo imperio constituere, et de juris regulis, secundum quas negotium expedire deberet, informare solebat. Haec erat legis actionis per judicis postulationem origo atque exordium. Sacramento enim litigatores, antequam ad hunc arbitrum irent, haud amplius apud praetorem contendere solebant; nil nisi judicem postulabant his verbis: „judicem arbitrumve postulo uti des”, quae Valerius Probus notis suis inseruit. Et simul peracta erant omnia. Ex hac igitur postulatione ipsa legis actio nomen cepit. Sed illud forte mirari quis possit, cur non potius arbitri postulatio quam judicis postulatio haec nova legis actio nominata fuerit? Arbitrum enim illum sumere, Cicero pro Roscio Comoedo c. 4.

dicit, qui quantum aequius melius ab altero poscat; judicem vero illum, qui quantum intendit, tantum ablaturum se confidit. Arbitro infinitam largitionem remittimus, judicem vero in angustissimae formulae cancellos includimus; apud judicem ergo qui causam labefactari animadvertunt, ad arbitrum confugiunt. Ego hanc causam esse puto, quod, quum antea semper apud judicem ex strictissimo jure disceptatum fuisset, postea et quae arbiter talis dijudicasset, rem judicatam facere et tantumdem valere, quantum quod antiqui generis judex constituisset, nomine ipsó indicare voluerunt praetores. Praeter illam igitur postulationem et id hujus legis actionis proprium erat, quod arbiter judex erat. Quod quidem de nominis ratione judicium et eo confirmatur, quod in ipsa formula, qua apud praetorem actor utebatur: „judex arbiterve" conjunctim dicebatur. — Illa, quam supra summatim exposui, de judicis postulationis origine sententia egregie confirmatur verbis Tullii de officiis libr. III. c. 10: „praeclarum a majoribus accepimus morem rogandi judicis, si ea rogaremus (ex Pithoei emendatione), quae salva fide facere possit." Haec igitur judicis postulatio sine lege in usum venit; ita ut illa, in quibus adhibebatur, judicia „sine lege judicia" apud Ciceronem dicerentur (pro Roscio Comoedo c. 5.), vel „arbitria honoraria", quae designatio ad originem tantum respicit, quia eadem haec arbitria, ut infra videbimus, juris civilis intentionem habebant. — Inde autem sibi quisque colligere potest, legis notionem per judicis postulationem non in omnibus, ubi postea eam adhibitam invenimus, judiciis simul in usum venisse, quia hoc ibi tantum fieri potest, ubi certa lex quaedam praecepit. Judicis autem postulatio sine scripto venit, uti unius cujusque negotii natura et hominum voluntas ferebat. Unde evenit, ut haec judicia nominatim enumerarentur, quod nusquam alias

factum invenimus, et ut etiam postea, quum legis actiones in usu esse desiissent, et alia quaedam vetustissimis bonae fidei negotiis adderentur. —

Nunc jam de singulis judiciis quaeramus, in quibus judex arbiterve a praetore postulabatur, vel ut uno verbo dicam, de arbitriis honorariis. Quibus opponuntur arbitria legitima, in quibus scilicet arbiter ex lege quadam postulari poterat; dum in honorariis illis arbitriis a praetore ex ipsius potestate et imperio idem arbiter dabatur.

Legitima autem arbitria tria fuisse numero arbitror: I) Arbitrium finium regundorum. II) arbitrium aquae pluviae arcendae. III) arbitrium ad exhibendum; de quibus singulis pauca in probationem addam.

I) De finibus tres initio arbitri dabantur e lege XII tabularum, postea vero e lege mamilia ad unum numerus reductus videtur. Cicero enim de legibus libr. I. c. 21. „nec mamilia lege singuli, inquit, sed ex his (sc. XII tabulis) tres arbitri fines regemus."

II) Idem Tullius in Topicis de aqua pluvia ab arbitro judicatum fuisse dicit his verbis: „genus est aqua pluvia nocens; ejus generis formae: loci vitio et manu nocens; quarum altera jubetur ab arbitro coerceri, altera non jubetur." Quem aquae pluviae arbitrum, et Paulus in l. 23. §. 2. D. de aqua et aq. pluv. et Alfenus in l. 24. pr. §§. 1, 2. D. eod. memorant. conf. praeterea l. 21. pr. D. de statu liberis.

III) Ad exhibendum autem actio, qua lege sit introducta aut certe confirmata, pro certo affirmare nequeo. Attamen exstant certissima indicia, quae ad XII tabulas remittunt. Ad exhibendum enim actio, Ulpiano teste, in usu quotidiano erat, et maxime propter vindicationes introducta. Qui igitur rem vindicaturus erat, hac actione agebat, ut adversarius rei litigiosae in publico potestatem faceret, ut ipsi experiundi esset potestas. Lex igitur XII tabularum, quae vin-

dicationis formam et specialiter vindiciarum sumendarum consuetudinem, si non introduxit, at certe comprobavit: eadem necesse habebat, et ad exhibendum actionem proponere, ne quis a vindiciis sumendis coerceri posset ab eo, cujus intererat, vindicationem fieri non posse. Praeterea uno casu ad exhibendum actionem a XII tabulis denegatam esse compertum habemus ex Ulpiano, l. 1. §. 1. D. de tigno juncto: „lex XII tabularum neque solvere permittit tignum furtivum aedibus sive vineis junctum, neque vindicare. Quod providenter lex effecit, ne vel aedificia sub hoc praetextu diruantur, vel vinearum cultura turbetur. Sed in eum, qui convictus est junxisse, in duplum dat actionem." Unde idem illud sequitur, a XII scilicet tabulis ad exhibendum arbitrium esse introductum. Arbitrum enim datum fuisse, et illud mihi testimonio est, quod Ulpianus in l. 3. §. 13. D. ad exhib. judici ex hac actione arbitrium commissum esse ait, et praesertim similitudo, quam huic arbitrio cum praecedentibus duobus intercedere nemo negabit. Haec tria enim arbitria in eo conveniunt, quod licet in personam sint concepta, attamen in re ipsa plurimum versantur, et facti potius quam juris quaestionem continent, artiumque et professionis plus requirunt peritiam quam juris scientiam. — His autem tribus legitimis arbitriis quaeso ne quis adnumeret de falsis vindiciis querelam, quam ad dijudicandam XII tabulae tres arbitros dare praecipiunt. Id enim jam supra vidimus, antequam ad arbitros iretur, sacramento litigatum fuisse apud praetorem, vel ita ut nova sacramenti provocatio fieret quasi de nova lite, vel ita ut prima illa initio totius facta provocatio sufficere videretur. Quo utroque casu de sacramento fuisse ab arbitris pronuntiatum, persuasum habeo, cujus justum cujusque injustum sit. Quamvis igitur lex voluerit, ut per arbitros quaestio examinaretur, tamen legitimum

arbitrium non est. Et quanta differentia intercedat inter hunc casum et tria illa legitima arbitria, nemo non videt. Falsae enim vindiciae querela talis est, ut, quamvis in facto tota examinatio consistat, scilicet num e. g. adversarius tempore interdicti neque vi neque clam neque precario ab adversario possederit, attamen postea de jure sit ferenda sententia, sc. cujus de jure possessio esse debeat, cujusque consequenter sacramentum justum sit. Longe alia trium illorum legitimorum arbitriorum conditio. In iis enim nulla juris decisio sequitur facti examinationem. Sic e. g. in arbitrio finium regundorum, finibus rectis atque decisis, arbitrorum simul peractae sunt partes, neque de ullo postea pronuntiatur sacramento; nulla enim juris quaestio vertitur, sed illa tantum facti, qui scilicet sint vicinorum agrorum fines. Unde manifestum est, quamvis et de vindiciis falsis tres ex lege arbitri dentur, tamen id legitimis arbitriis adnumerari non posse, neque hoc casu per arbitri postulationem agi videri. —

Sicut autem in tribus illis arbitriis ex natura jam jurgii a lege XII tabularum arbitrum datum esse vidimus: ita in illis juris negotiis, quae postea bonae fidei nominata sunt, ex auctoritate et imperio magistratus postulanti actori talis arbiter dari solebat. Jam si quaeras de ordine et temporum successione, cui primum, cui postea, et sic deinceps actioni haec postulatio a praetore concessa et indulta fuerit, e fontibus juris nostri nullum responsum feres, omniaque haec vetustate obruta videbis. Quae tamen res illa, quae superius exposui, nequaquam infirmare valet. Facit enim pro nostra sententia nomen ipsum, quod bonae fidei negotiis legis actionum temporibus inditum invenimus. Nam haec omnia generali appellatione arbitria vocantur, sicut supra legitima illa arbitria, teste Cicerone de Offic. libr. III, c. 17: „Q. quidem Scaevola, pontifex maximus, summam vim esse, dicebat in omni-

bus iis arbitriis, in quibus adderetur: ex fide bona; fideique bonae nomen existimabat manare latissime, idque versari in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emtis venditis, conductis locatis, quibus vitae societas contineretur; in his magni esse judicis statuere, quid quemque cuique praestare oporteret". Cujus nominis vestigia et in digestorum libris permulta inveniuntur. Illa vero verba: „ex fide bona" legis actionum temporibus in illis arbitrariis numquam fuisse usitata, pro certo affirmare ausim. Nam ipsi jam vocabulo „arbitrium" hanc vim inesse ex Ciceronis loco illo pro Roscio Comoedo c. 4. didicimus, et complures horum arbitriorum formulas apud eundem de offic. libr. III, c. 15, 17. legimus, quibus eadem bona fides designetur; in arbitrio rei uxoriae: „melius aequis"; in fiducia: „ut inter bonos bene agier"; ita et illa: „uti ne propter te fraudemve tuam captus fraudatusve siem"; et illa: „ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione" ceterorum alicujus judicii propria fuisse videntur et jam in legis actione per judicis postulationem usitata. Sed haec ipsa diversitas varietasque formularum, quae tot paene inveniuntur quot arbitria, illud confirmat, quod supra latius exposui, non una simulque omnia, sed sensim sensimque, sicut natura negotii et rei necessitas ferebat, haec arbitria in usum venisse.

Ad illa legitima haecque honoraria arbitria accedit tertium genus earum in personam actionum, quae re ipsa ablata vel destructa, rei aestimationem requirunt. Quod paucis illustrabo. Tam actiones in personam quam illae in rem rem quandam persequi possunt. In utroque genere per sacramentum agebatur. Illa vero vindicatio re ablata vel destructa, omnino fieri non poterat, quum tum neque ipsa res in jus adferri adducive, neque pars quaedam posset, neque vindiciae sumi possent. Hoc casu in vindicationis locum

succedit condictio, si modo dolus aliquis possidentis hac in re versatus est. Ita saepissime in digestis conjunctum legimus: res ipsa, si exstat, vindicari, si vero interiit et consumpta est, condici potest. Cujus rei exempla infra afferam. Sin vero actione in personam rem aliquam persequamur, veluti hominem, neque ipse amplius in rebus humanis sit, tum illa sacramenti actio aestimationi, quae nunc fit necessaria, nequaquam accommodata est, neque ad ullum prorsus finem perducit. Sacramento enim haec natura inest, ut per id de re ipsa judicetur, cujusque sacramentum justum judicatum est, eum rem ipsam, de qua agitur, dare oporteat; de rei, quae interiit, aestimatione nil umquam definiatur. Et in his igitur casibus, quibus sacramenti actio nequaquam apta vel accommodata est, per judicis postulationem disceptatum esse, dubitari non potest.

III. Legis actio per condictionem.

1. Sicuti per judicis postulationem in personam tantum agebatur, ita et per condictionem, et sicut judicis postulatio in iis potissimum in personam actionibus adhibita videtur, quae postea bonae fidei appellata sunt: ita legis actio per condictionem in illis actionibus locum habebat, quae stricti juris appellantur, in quibus igitur adversarium certam pecuniam certamve rem dare oportere, intendebatur. Id enim Gajus libr. IV. §. 19. testatur his verbis: „haec autem legis actio constituta est per legem siliam et calpurniam: lege quidem silia certae pecuniae, lege autem calpurnia de omni certa re". Hac igitur legis actione de quocunque certo agebatur; contra per illam judicis postulationem incertum semper in judicium deductum esse, ex superioribus liquet. Hoc antiquis arbitrium dicebatur, illud judicium. Hanc enim inter utrumque differentiam Cicero statuit pro Roscio Comoedo c. 4: „aliud est judicium, aliud arbitrium. Judicium est

pecuniae certae; arbitrium incertae; ad judicium hoc animo venimus, ut totam litem aut obtineamus aut amittamus. ad arbitrium hoc animo adimus, ut neque nihil neque tantum, quantum postulavimus, consequamur. Ejus rei ipsa verba formulae testimonio sunt. Quid est in judicio? directum, asperum, simplex: si paret sestertium M dare oportere. Hic nisi planum facit, sestertium M ad libellam sibi deberi, causam perdit. Quid est in arbitrio? mite, moderatum: quantum aequius melius id dari. Ille autem confitetur, plus se petere quam debeatur; sed satis superque habere dicit, quod sibi ab arbitro tribuatur. Itaque alter causae confidit, alter diffidit". Hoc vero certum ante leges siliam et calpurniam semper per legis actionem sacramenti in personam petebatur, quod et ex superioribus liquet, ct Gajus expressis verbis testatur. libr. IV. §. 20: „quare autem haec actio desiderata sit, quum de eo, quod nobis dari oportet, potuerimus sacramento aut per judicis postulationem agere, valde quaeritur". Judicis enim postulationem et eo casu in usu fuisse liquet, ubi certa quidem res, antequam daretur, jam interierat. Cur autem haec legis actio introducta sit, non eadem causa esse potest, quae legis actioni per judicis postulationom originem dedit. Quum enim ad hoc judicium eo animo semper adeamus, ut aut totum obtineamus, aut totum amittamus, illud strictissimum sacramenti jus optime convenit. Hic enim si probat actor, M ad libellam sibi dare oportere, ejus sacramentum justum judicatur; contra si vel uno nummo plus petit, injustum sacramentum pronuntiatur. Attamen haec sacramenti actio in hac certae pecuniae vel certae rei petitione per leges illas abrogata est. Quibus rationibus ducti legislatores hoc fecerint, nunc nobis quaerendum est. Qua in inquisitione illam rationem instituam, ut primum de natura illarum stricti juris actionum pauca admoneam;

deinde legis actionis illis accommodatae vim atque naturam illustrem; et quomodo haec legis actionis illaque obligationum natura sibi invicem conveniant, demonstrem.

Condictio igitur primum in certae pecuniae petitione locum habebat. Certa autem pecunia illi, a quo petitur, necesse est aut data aut stipulata aut expensa lata sit, ut Cicero pro Roscio Comoedo c. 5. dicit. De quibus singulis dispiciamus. Pecunia illa data nil aliud est quam pecunia mutuaticia, debitori a creditore adnumerata. Ex hac adnumeratione oritur contractus realis; ille enim, cui adnumerata est, re obligatur. Ipsorum enim nummorum dominium ad ipsum transit, unde et mutuum nomen suum traxisse, antiqui jurisconsulti affirmant: „quia ex meo tuum factum est". Huic autem mutuo ea natura inest, ut obligatio inde oriunda sua, ut ita dicam, vi ac potestate constet, neque extrinsecus definitionem aut virium aliquid assumat. Ipsa igitur re non solum contrahitur, sed simul etiam omnibus partibus definitur, ita ut in hac solum obligatione omnia per se intelligantur. Hac de ratione et antiqui mutuum ex jure naturali facere obligationem dicere solebant. arg. Gaj. lib. III, §. 131, unde et ipsa obligatio, quae ex pecuniae numeratione oritur, genus obligationum juris gentium dicitur. (Gaj. lib. III, §. 132), quamquam, quod ipsius vim et juris effectum attinet, haec mutui obligatio strictissima est. Unde id effluxit, ut in hujus obligationis formam omnia redigerentur, quaecunque firmam strictamque obligationem parerent. Ad hoc autem antiqui nexo utebantur, quod nil aliud esse videtur, quam mutuum fictitium et imaginarium. Pecuniam enim libra appendere antiquos solitos fuisse, nemo nescit. Ubicunque igitur pecuniam dari debebat, vel rei emptae pretium, vel etiam ut mutui obligatio inde oriretur, ibi libra adhibebatur, quam libripens tenebat, quinque testibus praesentibus, civibus romanis, instar quinque classium po-

puli romani. Hoc autem aes, quod ita dabatur obligandi alterius causa, nexum aes apud antiquos dictum esse, Festus testis est. Unde evenit, ut mox nexum videretur, quodcunque per aes et libram gestum est. Id enim apud Festum et apud Varronem invenio, qui Gallum Aelium, Manilium et Mucium Scaevolam ita dicere referunt. Per aes et libram autem id geri dicitur, ubicunque alter alteri dicis gratia nummum unum appendit. In quo genere haec tria nominantur: nexi datio, nexi obligatio, nexi liberatio. Nexi datio imaginaria quaedam venditio est, quae mancipatio dicitur. Eam rem ita fieri Gajus describit: „adhibitis non minus quam quinque testibus civibus romanis puberibus, et praeterea alio ejusdem conditionis, qui libram aeneam teneat, qui appellatur libripens, is, qui mancipio accipit, rem tenens, ita dicit: hunc ego hominem ex j. Q. meum esse ajo, isque mihi emtus est hoc aere aeneaque libra. Deinde aere percutit libram, idque aes dat ei, a quo mancipio accipit, quasi pretii loco. Hujus generis species est testamentifactio, quam praeter nexi liberationem solam Festus nominat, quaeque ita fieri solebat: qui facit, adhibitis, sicut in ceteris mancipationibus, quinque testibus civibus romanis puberibus et libripende, postquam tabulas testamenti scripserit, mancipat alicui dicis gratia familiam suam. In qua re, his verbis familiae emtor utitur: familiam pecuniamque tuam endo mandata tutela custodelaque mea recipio, eaque, quo tu jure testamentum facere possis secundum legem publicam, hoc aere, et, ut quidam adjiciunt, aeneaque libra esto mihi empta. Deinde aere percutit libram, idque aes dat testatori velut pretii loco. Majoris autem, quantum ad nostrum propositum, momenti est illa nexi obligatio. Per nexum autem obligabantur, quibuscunque quasi mutui loco nummus unus dabatur. Quod autem in vero illo mutuo, ex re ipsa oriundo, per se

ipsum planum erat, sc. quam ad summam debitor esset obligatus: id in hac nexi obligatione verbis suppleri oportebat. Et hoc quidem est „aes illud nexum" vel „pecunia, uti appellatur, nuncupata." Ad hanc denique verba illa XII tabularum pertinent: „quum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita jus esto." —

Sicut autem per nexum, i. e. per aes et libram obligari poterant, ita et obligatione solvi, quum nil tam naturale sit, quam eodem quid modo dissolvi quo colligatum est. Haec solutio aut vera aut imaginaria est, sicut et ipsa nexi obligatio aut ex vero aut ex imaginario mutuo descendit. Hujus imaginariae solutionis exemplum apud Livium legitur libr. VI. c. 14. M. Manlius, ille qui capitolium a Gallorum exercitu servaverat, centurionem nobilem militaribus factis pecuniae judicatum quum duci vidisset, statim rem creditori palam populo solvit, libraque et aere liberatum centurionem emittit. Ipsa autem imaginaria solutio per aes et libram ita apud Gajum describitur: „Adhibentur autem non minus quam quinque testes et libripens; deinde is, qui liberatur, ita loquatur oportet: quod ego tibi tot millibus eo nomine, de quo agitur, nexus sum, id tibi hoc asse solvo, liberoque me hoc aere aeneaque libra; hanc tibi libram primam postremam porrigo de lege et jure liberatus. Deinde asse percutit libram, idque dat ei a quo liberatur veluti solvendi causa. —

Ex his autem intelligitur, nexum latissime patuisse. Inter omnia tamen nexi obligatio longe maximi momenti est; haec enim omnia recipit, omnesque, quae existunt, obligationes severitati illius ex mutuo obligationis vindicat. — Postea autem ex lege poetelia nexi desitum, ita ut inde a tempore haud amplius liceret quamcunque obligationem in mutui formam severitatemque redigere, qua de lege infra,

quum ad legis actionem per manus injectionem pervenerim, latius tractandum erit. Hoc loco illud solum admoneo, ex ipsa nexi obligatione formam ortam esse. Aes enim et libra, quae inprimis et sola paene mutui formam continerent, severitatemque poscerent, lege poetelia lata relinqui debebant. Verborum autem formula atque conceptiones, quas jam adhibitas fuisse monui, retinebantur; et sicuti antea per aes et libram quisque obligari dicebatur, ita nunc verbis. Verba autem illa, jam in nexi obligatione usitata et inde in stipulationem translata, haec fuere: „dari spondes?" „spondeo". Hanc enim interrogationem et responsionem propriam civium romanorum esse, e Gajo didicimus, qui et adeo eas proprias civium romanorum ait, ut ne in graecum quidem sermonem per interpretationem transferri possint. Item et si sponsor accipiatur, quem non nisi verborum obligationi accedere posse notum est, ita interrogatur: „idem dari spondes?" Quae verba nexi obligationi optime respondent. Nexi enim obligatio, mutuum imitata, re adversarium obligabat, ut quod ipse in dominium quiritarium accepisse fingebatur, idem stato die reddere alterique in dominium quiritarium transferre obligatus esset. Remansit et in ipsa voce „stipulatio" vestigium illius nexi, ex quo ipsa originem traxit. Stipulari enim a stipe dictum esse, Festus s. v. testatur: „stipem enim nummum signatum esse, testimonio est et id, quod datur in stipendium militi, et quum spondetur pecunia, quod et stipulari dicitur". Neque hujus loci auctoritati quidquam detrahunt quae Isidorus in originibus tam longo tempore post, et lex romana (Paulus lib. II, 2.) tradunt. Haec enim ex germanico more sumta, nemo infitias ibit, etsi doctissimus vir (Grimm) adversetur. Ita ipsa vox „stipulatio" aes illud in memoriam revocat, quod in nexi obligatione dicis gratia adhibitum esse, supra monui. Praeterea illud

considerandum. Sicuti primis temporibus omnis omnino obligatio in nexi formam redigi poterat, ita et postea in quocunque negotio stipulatio adhibebatur. —

Postremo et de expensa lata pecunia moneamus. Est enim hoc tertium illud obligationum genus, quod litteris fit, sicuti illa superiora re aut verbis. Litteris vero obligationem fieri Gajus dicit in nominibus transcriptitiis, et quidem duplici modo, vel a re in personam vel a persona in personam. „A re in personam transcriptio fit, veluti si id, quod modo ex emptionis causa aut conductionis aut societatis mihi debeas, id expensum tibi tulero. A persona in personam fit, veluti in id, quod mihi Titius debet, tibi id expensum tulero, i. e. si Titius te delegaverit mihi." Unde manifestum fit, et litterarum obligationem mutuum esse, quod tamen non ipsa numeratione, sed per nominum transcriptionem fit, sicuti verborum obligatio mutuum continet verbis contractum. —

Haec tria illa sunt pecuniae creditae genera, sc. data, stipulata et expensa lata pecunia; quae tamen omnia ad mutuum referenda sunt, ex quo sunt oriunda, quodque imitantur. Unde et illud evenit, ut creditae pecuniae nomen et ad stipulatam et ad expensam latam pecuniam protraheretur. „Credendi enim generalis appellatio est, Ulpianus dicit; nam cuicunque rei assentiamur, alienam fidem secuti, mox recepturi ex hoc contractu, credere dicimur." Item Paulus: „verbis quoque credimus, quodam actu ad obligationem comparandam interposito, veluti stipulatione." Sed id notandum, saepe, ubi de credita pecunia agitur, pecuniam tantum certam nominari, quia ea tantum pecunia certa esse potest, quae credita est, sive re sive verbis sive litteris id factum fuerit. Ita igitur et illud interpretandum est, quod lex silia condictione in certa pecunia introduxisse dicitur. Haec autem pecunia certa credita et inde oriunda obligatio a ceteris omnibus

nnino obligationibus a jurisconsultis romanis separtur, iisque ut strictior et insignior opponitur. Ita x XII tabularum aeris confessos segregat ab aliaım rerum judicatis: „aeris confessis, rebusque te judicatis XXX dies justi sunto". Haecque ıpositio et illis illustratur, quae Gellius loco interretationis adjicit: „hanc autem fidem majores nostri ın modo in officiorum vicibus, sed in negotiorum ıoque contractibus sanxerunt, maximeque in pecuae mutuaticiae usu atque commercio; adimi enim ıtaverunt subsidium hoc inopiae temporariae, quo communis omnium vita indiget, si perfidia debitorum sine avi poena eluderet. Confessi igitur aeris . . .". — a et lex Galliae cisalpinae. c. 21, incipit: „a quocunıe pecunia certa credita, signata forma publica poıli romani . . petetur", cui opponitur in c. 22.: „a ıo quid praeter pecuniam certam creditam . . peter . .". Eodem facit tabula heracleensis. Haec ıim lex quemcunque jubet ante suum aedificium viam ıblicam tueri; „qui eorum autem eam viam arbitratu ıs aedilis, cujus oportuerit, non tuebitur, eam viam dilis tuendam locato, eamque locationem palam in ro per quaestorem urbanum, eumve, qui aerario praeit, facito. Ei qui eam viam tuendam redemerit, tan pecuniae ei illos adtribuito, quorum ante aedifiım via est. Si autem adtributus eam pecuniam dies XXX proximis non solverit, tantam pecuniam et ıs dimidium ei, cui adtributus erit, dare debeto, inque m rem is, quocunque de ea re aditum erit, judicem diciumque ita dato, uti de pecunia credita juem judiciumque dari oportebit". Denique Livium rlegenti multa hujusmodi fragmenta obvia sunt, quis creditae pecuniae strictum severumque jus indicar. E. g. lib. VI, c. 14: „centurionem nobilem, juatum pecuniae quum duci vidisset"; lib. VIII, c. : „pecuniae creditae bona debitoris, non corpus

obnoxium esset"; libr. XXIII. c. 14: „edixitque, qui capitalem fraudem ausi, quique pecuniae judicati in vinculis essent." Hoc autem insigne nomen pecuniae creditae non a substantia rei ipsius, quae ex illa obligatione petitur, i. e. pecunia advenit, sed ex ipsius contractus natura atque origine. Nam et ex illis obligationibus, quae judicis postulationem requirebant, pecunia plerumque petebatur, neque tamen hae umquam illis ex mutuo vel simili negotio oriundis obligationibus adaequabantur; immo opponebantur potius. Illis enim incertum semper, his certa tantum pecunia petebatur. Illic ultro citroque negotium existebat, quod Graeci συνάλλαγμα dicunt, ita ut alter alteri esset obligatus, judicisque officium in eo potissimum consisteret, ut quod alter alteri praestare deberet, computaret; hic vero unus tantummodo obligatus erat, unus debitor alter creditor, unus promissor alter stipulator intelligebatur, alter imperabat quodammodo, alter parebat; dum in illis bonae fidei negotiis aequales potius inter sese litigatores erant. Sed quid multa? Illae bonae fidei obligationes, hae stricti juris; in illis ex bona fide omnia dijudicantur, hae vero ex severitate strictoque jure effectum sumunt; in illis officium bonae fidei judicis tantundem valet, quantum in his nominatim ejus rei facta interrogatio. —

Sicut vero illis bonae fidei negotiis, quae vitae societatem in se continere videntur, legis actio per judicis postulationem inventa, et jure civili comprobata erat: ita his stricti juris judiciis, quae mutui causam veram fictitiamve continent, unumque alteri obligatum exhibent, ita ut nil minus insit quam vitae quaedam societas, lege silia condictionis legis actio constituta est. Quae talis erat. Creditor debitori in jure apud praetorem denuntiabat, ut ad judicem capiundum die trigesimo adesset. Hoc autem denuntiare antiqua lingua condicere dicebatur, teste Gajo libr. IV. §. 15.

Justiniano in §. 15. I. de actionibus et Festo s. v. condicere. Debitor vero si trigesimo die abhinc judicio non sistebat, aeris confessus habebatur, neque licebat ei, manum a creditore sibi injectam depellere, sicut infra in tractatu de legis actione per manus injectionem latius explicabo. Si vero stato condictoque die ad judicem capiundum aderat reus, quamvis ei sine dubio licuerit judicem repudiare, quia hoc generale litigatorum jus fuisse ex Ciceronis oratione pro Cluentio c. 43. apparet („neminem voluerunt majores nostri non modo de existimatione cujusdam, sed ne pecuniaria quidem de re minima esse judicem, nisi qui inter adversarios convenisset"), attamen si hoc jure neuter utebatur, statim ad judicem ibant litigatores, neque amplius comperendinabant, ut in legis actione per sacramentum fieri solebat. Sed et sponsionis, quam creditor cum debitore faciebat, quum ei condixisset, pluribus locis mentionem factam invenio. Gaj. lib. IV. §. 13: „eaque actio (sc. sacramenti) perinde periculosa erat falsis sacramentis, atque hoc tempore periculosa est actio certae creditae pecuniae propter sponsionem qua periclitatur reus, si temere neget, et propter restipulationem, qua periclitatur actor, si non debitum petatur . . nunc sponsionis et restipulationis poena lucro cedit adversario, qui vicerit". Idem in eodem commentario §. 171. dicit: „ex quibusdam causis sponsionem facere permittit (sc. praetor), velut de pecunia certa credita et de pecunia constituta: sed certae quidem creditae pecuniae tertiae partis, constitutae vero pecuniae partis dimidiae". Eodem illa Tullii (pro Roscio Comoedo c. 5.) verba respiciunt: „pecunia petita est certa; cum tertia parte sponsio facta est". Quamvis haec Gaji Ciceronisque fragmenta ad formularum processum respicere videantur, tamen jam legis actioni per condictionem illam sponsionem haud alienam fuisse, persuasum habeo. Cujus non minimum

argumentum illud puto, quod idem Cicero in eadem oratione illam sponsionem tertiae partis legitimae partis sponsionem vocat, pro Rosc. Com. c. 4: „pecunia tibi debebatur certa, quae nunc petitur per judicem, in qua legitimae partis sponsio facta est"; unde mihi jam lex illa silia, quae condictionem introduxit, et hanc sponsionis summam definiisse videtur. Neque oppugnat illud Gaji, ubi praetorem ex quibusdam causis sponsionem facere permisisse dicit. Aliud enim est permittere, aliud introducere et sancire; et quae jam lege aliter erant introducta, eadem observari apud se praetor permittere potest. Accedit et aliud argumentum, non ex unius vocis significatione, sed ex ipsius rei natura sumtum. Quum enim ipsa condictionis actio in locum sacramenti actionis in personam successisset, nil tam naturale videri debet vel mediocriter in jure romano versato, quam sacramenti illam stipulationem non penitus interiisse, sed et postea in condictionis actione similem quandam stipulationem servatam esse. Idem et Gajus sensisse videtur loco illo, quo sacramenti stipulationem, quam et ipse alias sponsionem vocat, cum legitimae partis sponsione comparat. Neque tamen differentiae quaedam negari possunt. Primum enim sacramentum praejudiciale est, et per id de re ipsa sententia fertur. Sponsio autem illa poenalis est, et quum de re ipsa judicatum sit, tum et de sponsione sententia lata intelligitur. Tum et illud sacramentum in publicum cedebat; sponsionis vero et restipulationis poena lucro cedebat adversario vincenti. Haec autem ita melius mihi condictionis naturae convenire videntur, quam illa. Quod his paucis illustrabo. Stricti juris obligationibus eam naturam inesse supra dixi, ut unus tantum alteri obstrictus, neque uterque alteri invicem obligatus intelligeretur. Eandem hanc naturam et condictionis legis actio exhibet. Hanc enim ita institutam vidimus, ut creditor debitori im-

perare videretur, et ut jam inde a primo momento alius actor, alius reus intelligeretur; dum illa sacramenti actio nullam penitus inter utrumque litigatorem differentiam statuebat. Ita evenit, ut in condictione actor reum directis verbis, neque ulla parte praetori relicta, ad judicem capiundum adesse juberet. Ita et illud, ut in eum, qui actori condicenti non paruisset, statim manus injectio daretur, nisi debiti summam, accedente nunc sponsione, intra dies XXX proximos solvisset. Ita et illud, quod observationi huic ansam dedit, sc. ut sponsionis summa lucro cederet adversario, qui vicisset. Idem me movet, ut formulam illam: „quando te in jure conspicio" hujus legis actionis fuisse dicam. (Cicero pro Murena c. 12.). Ita enim actor in jure apud praetorem adversarium alloquutus videtur. —

Postea vero eadem haec condictionis legis actio, quum diu se inter angustissimos illos creditae pecuniae fines continuerat, per legem calpurniam et ad ceterarum rerum certarum petitiones translata est. Antea igitur illae tantummodo certae res per condictionem repeti poterant, quae mutuum recipiunt, sc. quae pondere, numero, mensura constant, qualis est pecunia numerata, vinum, oleum, frumentum, aes, argentum, aurum; quas res aut numerando, aut metiendo, aut pendendo in hoc damus, ut accipientium fiant, et quandoque nobis non eaedem, sed aliae ejusdem naturae reddantur. Nunc vero quamcunque certam rem condictionis actio recipiebat; quae autem certa res, vel generali voce certum appellari possit, infra videbimus. —

Ex hoc vero legis calpurniae tempore nullam amplius actionem in personam per sacramentum fuisse disceptatam, ex superioribus manifestum fit. Incertum enim petituri judicem arbitrumve postulabant; qui vero certam pecuniam certamve rem dari oportere intende-

bant, adversario condicere solebant. Ita factum, ut hoc ex tempore illi soli sacramento sese provocarent, qui apud Cviros rem aliquam vindicaturi erant. Neque in vindicatione illa certae et incertae rei differentia obtinuit, quae erat in actionibus in personam. Hoc enim jam illa vindiciarum consuetudo requirit, ut vindicatio nisi certae rei non fiat. Postea tamen in paucissimis casibus incertae partis vindicationem datam esse, Gajus testis est, velut si heres, quantam partem petat in eo fundo quo de agitur, nescius esset; quod quidem ipsa actionis necessitas requirebat, ne dum sine culpa sua vel minima parte plus petierit, causa caderet. —

Ex superioribus et illud intelligimus, in enumerandis legis actionibus temporis rationem Gajum habuisse. Sacramenti enim actio antiquissima erat. Tum ex usu et consuetudine hominum venit illa judicis postulatio. Postremo denique condictionis actionem per leges introductam vidimus. Utraeque vero, quae ultimo loco nominantur, ad processum quem vocant executivum pertinent, aliamque penitus vim et effectum habent. Ex quibus longe majoris momenti est illa, quae fit per manus injectionem, ad quam nunc transeo.

IV. Legis actio per manus injectionem.

Ex superioribus intelligimus, aliam esse in rem, aliam in personam actionem, easque prorsus sibi oppositas esse. In rem enim si agamus, aut corporalem rem intendimus nostram esse, aut jus aliquod nobis competere. In personam vero actio est, quoties cum aliquo agimus, qui nobis vel ex contractu vel ex delicto obligatus est, i. e. cum intendimus dare, facere, praestare oportere. Sic itaque discretis actionibus certum est, non posse nos rem nostram ab alio ita petere: si paret eum dare oportere, cum solum id dari nobis intelligatur, quod nostrum fit; nec res quae nostra est, nostra amplius fieri potest. Haec duorum actio-

num generum diversitas effecit, ut unicuique eorum proprium judicium, propria denique legis actio constitueretur. In rem enim actiones per sacramentum apud Cviros disceptabantur; qui vero in personam agebant, aut judicem postulabant aut adversario condicebant. Sic igitur in omni parte discretis actionibus, fieri non poterat, ut post finitam litem ipsa judicati executio in utroque litis genere prorsus eadem esset; sed ipsa illa diversitate factum est, ut alia in rem agenti, alia in personam executio inde ab antiquissimis temporibus comparata esset. Qui enim in vindicatione vicerat, huic res ipsa, qui in condictione (ut postea omnes in personam actiones nominabantur), huic persona debitoris obnoxia erat; vel, ut recentioribus nominibus utar, illi realis, huic personalis competebat executio. Neque ego profecto video, cur doctissimi viri huic sententiae adversentur, neque umquam ullam in rem datam esse executionem affirment. Illa enim, quam pro se afferunt, ratio, Romanos scilicet civium bona fortunasque ita sancta habuisse, ut nulli ea attingere permissum fuerit, non modo mihi non adversatur, sed facit etiam pro me. Quae enim res mea esse pronuntiata est, alterius eam non esse apparet; neque si haec vi militari ad me transferatur, ullus impetus in adversarii bona factus intelligi potest; quin e contrario potius, si res apud adversarium, ad quem non pertinet, relinqui a domino invito debet, tunc profecto civis romani bona nequaquam sancta, sed primo cuique adeunti patefacta videntur. Haec mea sententia et ipsa vindicationis forma confirmatur. Illa enim vis festucaria coram praetore i n r e m fit, neque incivile videtur, ipsam rem aggredi et antequam aggressoris esse pronuntiata sit; deinde vindiciae secundum alterum litigantium dantur, i. e. res ipsa interim ad eum transfertur. Neque hic mihi quisquam ita objiciat: quid tibi vis? illi, qui datis secundum alterum

vindiciis, arbitrum postulavit, et apud eum obtinuit, si apud adversarium possessio est, quia is fructus licitatione vicit, possessio nequaquam vi militari transfertur, sed nisi restituat, cascelliano sive secutario judicio condemnatur. Interdicta enim, etsi in rem videantur concepta, vi tamen ipsa personalia sunt, eandemque habent executionem, quae cunctis in personam actionibus inducta est. Vindicatio contra rem persequitur, et in rem habet executionem; quod ipsius vindicationis naturae ita prorsus convenit, et ex ea quasi haustum videtur, ut id nullam difficultatem movere valeat, quod nullum hujus rei expressum testimonium apud antiquos inveniri potest, praesertim quum indirecta suppeditent exempla. Gajus enim in tractatu de manus injectione, quae antiquissima personalis exemtionis forma erat, in personam tantum formulam affert his verbis: „quod tu mihi judicatus sive damnatus, ex sestertium X M. quae . . .“ Neque „judicatus sive damnatus“ quis intelligitur, nisi ad rem aliquam dandam, vel aliquid faciendum. In rei enim vindicatione nemo judicatus, nemo damnatus intelligi potest. Eodem modo Gellius (libr. XX. c. 1.) in disceptatione illa de legibus XII tabularum, nullam in rem actionis mentionem facit. Illa enim verba legis „aeris confessi rebusque jure judicatis triginta dies justi sunto“ ita interpretatur: „confessi igitur aeris ac debiti judicatis triginta dies sunt dati, conquirendae pecuniae causa, quam dissolverent“. Sexaginta deinde diebus proximis trinis nundinis continuis ad praetorem in comitium producebantur, „quantaeque pecuniae judicati essent, praedicabatur.“ Qui vero in vindicatione victus abierat, illis temporibus nunquam in pecuniae summam condemnabatur, etsi postea talis condemnatio locum habuerit. Quum autem ex his Gaji Gelliique locis id manifestum sit, manus injectionem, ideoque personalem executionem non nisi in personam agenti

permissam fuisse, necesse est, in rem actori et rem ipsam obnoxiam fuisse; tertium enim intelligi non potest. Accedit et aliud argumentum in ipsa executionis historia positum, quod infra exponendi occasio erit. — E re igitur est, de personali executione et de illa in rem separatim tractare; et prius de illa personali, quae fiebat per manus injectionem.

Haec legis actio antiquissimum jus civium romanorum fuisse videtur, lege XII tabularum non constitutum et introductum, sed confirmatum. Adhibebatur autem primum in judicati tantum causa, ut Gajus libr. IV. §. 21. et Gellius testantur. Hic verba legis talia fuisse dicit: „aeris confessi, rebusque jure judicatis triginta dies justi sunto. Post deinde manus injectio esto, in jus ducito, ni judicatum facit: aut qui endo em jure vindicit, secum ducito, vincito, aut nervo aut compedibus XV pondo, ne minore, aut si volet majore vincito. Si volet, suo vivito. Ni suo vivit, qui em vinctum habebit, libras farris endo dies dato. Si volet plus dato". Sed quae sit vocis „judicatus" vis atque ambitus, nequaquam constat. Doctissimus enim vir (de Savigny) pecuniae creditae tantum judicatum intelligi putat. Sed mihi potius placet illorum sententia, qui latissime interpretantur. Hac enim de causa XII tabulas aeris confessis res jure judicatas opposuisse arbitror, quum alias sine dubio ita conjunxissent „aeris confessi et judicati." Sed quaeri potest, cur „aeris confessi" positum sit, neque generaliter „confessi." Ego illam rationem puto, quia quicunque in debitum ibat, per nexum sese creditori obligabat. In nexo autem V testes adhibebantur et libripens, ita ut statim in jure confiteri debitor necesse haberet. In aliis vero rebus extra nexi causam longe aliter sese res habebat. Ibi enim sine dubio paucissimi statim confitebantur; longe major pars rem in judicium deducere solebat. Res igitur judicatae omnes

nino in personam actiones continent. Ita enim et stea: „confessus pro judicato est" generali sensu cebatur. Accedit, quod Gajus ipse in formula legis ctionis per manus injectionem generali modo dicit: „quod tu mihi **judicatus** sive **damnatus** es sestertium X M., quae dolo malo non solvisti, ob eam rem ego tibi sestertium X M. **judicati** manus injicio." Quum enim duo sint genera obligationum, aut ex contractu, aut ex delicto, „judicatus" ad illum ex contractu obligatum pertinet, „damnatus" ad illum ex delicto. Praeterea neque quod sequitur contemnendum est argumentum. Ex Gajo enim didicimus, obligationem litis contestatione tolli, si modo legitimo judicio fuerit actum. Nam tunc obligatio quidem principalis dissolvitur, incipit autem teneri reus litis contestatione; sed si condemnatus sit, sublata litis contestatione, incipit ex causa judicati teneri; et hoc est, quod apud veteres scriptum est: ante litem contestatam dare debitorem debere; post litem contestatam condemnari oportere; post condemnationem judicatum facere oportere. Quamvis igitur diversissimae fuerint principales obligationes, res tamen judicata omnem hanc diversitatem expellit, unamque constituit **judicati** obligationem, in qua non quaeritur, num debuerit, quid et qua ex causa debuerit, sed illud tantum, num judicatum sit. Unde iterum illud manifestum fit, quod initio posui, sc. judicatum non eum tantum intelligi, qui creditae pecuniae sit condemnatus, sed quicunque condemnatus sit, qua ex causa cunque initio debuerit. Neque actiones bonae fidei, quae postea per judicis postulationem disceptabantur, excipiendae sunt, praesertim quum antiquitus per sacramentum sicut ceterae stricti juris executiones fuerint judicatae. Nostrae autem huic sententiae difficultatem movere videntur Gellii verba, quibus illam XII tabularum legem illustrat; quae talia sunt: „con-

fessi igitur aeris et debiti judicatis XXX dies sunt dati, conquirendae pecuniae causa, quam dissolverent." Neque tamen haec gravis difficultas videtur. Primum enim illud consideres volo, debitum non pecuniae tantum intelligi, sed cujuscunque rei, quam dari oportet. Id tamen negari nequit, pecuniam saepissime deberi, qua ratione forte ductus Gellius pecuniam, instar omnium rerum, postea nominavit; forte et consuetudinis sequentium temporum memor, quibus omnem condemnationem ad pecuniae summam redactam esse oportebat. Possit aliquis, et haud sine ratione, fragmentum illud Ulpiani nominare, quo dicit: „pecuniae verbum non solum numeratam pecuniam complectitur, verum omnem pecuniam, hoc est omnia corpora; nam corpora quoque pecuniae appellatione contineri, nemo est qui ambiget." (l. 178. D. de R. J.).

Sit igitur illud nobis probatum, unicuique judicato sive damnato manus injicere, leges XII tabularum permisisse. Unde nunc alia oritur quaestio. Supra enim pluribus exemplis ostendimus, creditam pecuniam antiquis non eodem ordine habitam esse, quo ceterae obligationes, sed omnibus praecelluisse. Quod quidem eo factum esse quidam domini in jure arbitrantur, quod creditae pecuniae judicatis solis manum injicere, eosque domum deducere in servitutem licuerit. Nobis autem, qui hoc in universos judicatos obtinuisse scimus, alia ratio reddenda est; hancque in eo positam arbitror, quod creditae pecuniae potissimum legis actio per condictionem comparata erat. Cui vero condictum semel erat, eum, si stato die ad judicem accipiundum non aderat, pro confesso habitum esse supra ostendi. Confessus vero pro judicato est. Unde sequitur, condictionis commodum in eo positum esse, ut in eum, qui condictioni non paruisset, statim manus injectio daretur. Postea quidem condictionis actio a mutua pecunia ad quamcunque certam rem

translata est per legem pinariam, desiitque illud proprium pecuniae creditae commodum esse. Neque tamen creditae pecuniae auctoritatem quis imminutam putet; immo augebatur potius; non enim ad ceteras obligationes detracta, sed illae potius ad eam elatae videbantur.

Nunc vero, quomodo haec legis actio gesta, quique ordo in ea servatus sit, videamus. Confessis igitur aeris ac debiti judicatis triginta dies sunt dati, conquirendae pecuniae causa, quam dissolverent; eosque dies decemviri justos appellaverunt, velut quoddam justitium, i. e. juris inter eos quasi interstitionem quandam et cessationem, quibus diebus nil cum his agi jure posset. Post deinde, nisi dissolverant, ad praetorem vocabantur, ibique qui agebat sic dicebat: quod tu mihi judicatus sive damnatus es sestertium X M., quae dolo malo non solvisti, ob eam rem ego tibi X M. judicati manus injicio; — et simul aliquam partem corporis ejus prendebat. Haec vera legis actio erat, quae, ut ceterae quoque, in jure apud praetorem peragebatur. Sunt tamen qui manus injectionem extra jus factam esse existimant; quorum error inde ortus videtur, quod, qui vocatus, in jus non veniebat, eum vi ad praetorem deducere permissum erat eadem XII tabularum lege his verbis: „si in jus vocat, ni it, contestator, igitur em capito". Duplex igitur manus injectio erat: altera legis actio in jure apud praetorem; altera extra jus in eum, qui post XXX dies in jus actorem sequi detrectabat. Illa igitur XII tabularum verba: „post deinde manus injectio esto, in jus ducito, ni judicatum facit", ita interpretanda censeo, ut et legis actioni per manus injectionem et illi extra jus peractae manus injectioni communis conditio adjecta videatur: „ni judicatum facit." Cui vero manus injecta erat, ei non licebat, manum sibi depellere et pro se agere lege, sed vindicem dabat, qui

pro eo causam agere solebat, qui vindicem non dabat, ei, cui erat judicatus, addicebatur; deinde domum ducebatur ab actore et vinciebatur nervo aut compedibus, quarum pondus lege XII tabularum definitum legimus. Neque ego a Savinii partibus stare velim, qui illa XII tabularum verba: „post deinde manus injectio esto: in jus ducito, ni judicatum facit", ita interpretatur, quasi post manus in jure injectas reo denuo abire licuerit, ut vindicem quaerat, qui se defendat; et tum deinde ab actore in jus ductum, et, ni judicatum fecerit, creditori addictum esse. Quae interpretatio et expressis veterum jurisconsultorum verbis oppugnat, et eo, quod probationis causa laudatur, fragmento nequaquam fulcitur, sc. vindicem quaeri non potuisse, ni denuo reo abire licuisset. Vindex enim iisdem illis XXX diebus, qui ad conquirendam pecuniam dabantur, quaeri poterat; et ad hunc praeterea finem qui addictus erat intra LX dies, quo vinculis habebatur, trinis nundinis continuis ad praetorem in comitium producebatur, quantaeque pecuniae judicatus esset, praedicabatur. Haec enim ideo fiebant, ut addicti poena retardaretur, possetque interim per quemcunque amicum liberari. Ita Seneca de beneficiis libr. III. c. 8. ejus mentionem facit, „qui pecuniam pro addicto dependeret;" quo et illa verba tabulae heracleensis referenda sunt: „prove quo datum depensumve est, erit". Tertiis autem nundinis capite poenas dabant aut trans Tiberim peregre venum ibant. Si autem plures forent, quibus reus esset judicatus, secare, si vellent, atque partiri corpus addicti sibi hominis lex XII tabularum permisit his verbis: „tertiis nundinis partis secanto, si plus minusve secuerint, se fraude esto". Quinctil. I. O. lib. III, c. 6. — Tertull. Apolog. IV. Neque symbolicam hanc sanctionem fuisse crediderim; nil enim magis a XII tabulis abesse arbitror. Sed id lubenter cedo, nil profecto im-

mitius, nil immanius esse: nisi, ut re ipsa apparet, eo consilio tanta immanitas poenae denuntiata est, ne ad eam umquam perveniretur.

Ex superioribus autem intelligitur, tres fuisse gradus, quos debitor inde a primo momento debiti contracti usque ad finem percurrebat. Primum nexus erat, i. e. per aes et libram obligatus, deinde addictus fiebat, postremo in servitutem redigebatur. Unde apparet, addictum nondum servum fuisse, quod et Quinctilianus I. O. libr. V. c. 3, testatur h. v.: „Aliud est servire, aliud servum esse. Qui servus est, si manumittitur, fit libertinus, non itidem addictus". Unde mihi sequi videtur, addictum de facto jam servum esse, nondum de jure. Quo tendunt omnia, quaecunque de statu addictorum a Quinctiliano aliisque traduntur. Addictus enim ei tantummodo serviebat, cui erat addictus; in civitate autem ingenuus habebatur. Ita Quinctilianus: „servus quum manumittitur, fit libertinus; addictus, recepta libertate, est ingenuus", itaque nomen et praenomen et cognomen retinebat, neque tribu movebatur; et haec propria sunt liberi, quae nemo habet nisi liber. Ad servum nulla lex pertinet, addictus legem habet. Nil igitur adversus eos, quos addictos habent, creditoribus contumeliose facere licuisse dicendum est, praeter quod nominatim iis lege permissum erat. Alioquin injuriarum actione tenebantur. Id enim et in illis qui in mancipio erant, ita fuisse, Gajus testatur (libr. I, §. 141.). Servus invito domino libertatem non consequetur; addictus solvendo citra voluntatem domini consequetur. Addictus quoque bona sua retinebat, quippe qui de facto tantum serviebat; illud enim testantur verba XII tabularum: „si volet, suo vivito". — „Verbum autem vivere, Gajus ad legem XII tabularum dicit, quidam putant ad cibum pertinere. Sed Ofilius ad Atticum ait: his verbis et vestimenta et stramenta contineri;

sine his enim vivere neminem posse". Huic quoque convenit quod liberi ante addictionem editi servi non fiunt. arg. l. 12. C. de O. et A.: „ob aes alienum servire liberos creditoribus, jura compelli non patiuntur", et ibi ab Irnerio authentica immo, ex Justiniani novell. 134, c. 7. sumta. De illis vero, qui post jam perfectam addictionem editi erant, antiqui dubitâsse videntur. Quinctilianus enim quaerit; „an is, quem dum addicta est, mater peperit, servus sit natus?" neque ullum reddit responsum. Hic autem addictus pro se lege agere haud amplius potest; igitur qui se defendat vindicem dare necesse habet; et nisi dat, in vinculis et compedibus tenere jus est creditori. Unde Festus s. v. vindex dicit: „vindex ab eo qui vindicat, quo minus is, qui prensus est, ab aliquo teneatur". Lex autem XII tabularum jubebat: „assiduo vindex assiduus esto, proletario quoi quis volet vindex esto". Locuples enim assiduus est, appellatus ab asse dando. Ad hanc igitur XII tabularum legem verba Gaji respiciunt: „locuples est, qui satis idonee habet pro magnitudine rei, quam actor restituendam esse petit". Proletarii autem dicti sunt plebeji, qui nil rei publicae exhibeant, sed tantum prolem sufficiant. Ideo et post sublatas legis actiones judicatum solvi satis dari a reo oportebat. Qui vero addictus neque judicatum facere, neque vindicem dare poterat, post LX dies aut capite poenas dabat, aut trans Tiberim peregre venum ibat. A cive romano igitur emi non poterat; ejus enim non in servitutem, sed in mancipium tantum venisset. Tunc demum capite minutus erat; addictum enim jam capite minutum fuisse, neque testimonium quoddam apud antiquos invenio, neque quae supra de ejus statu disserui, pati mihi videntur. Plus dico, ne ignominiosum quidem factum esse statim, qui addicebatur, sed tum demum, „si pactus est, erit, se solidum solvere non posse; prove quo datum depensum

est erit", quae verba sunt tabulae heracleensis, l. 115. Qui igitur, dum addictus est, solidum solvit, is infamis non fit; qui vero neque solvit, neque paciscitur, neque vindicem dat, is non infamis solum, sed et servus fit, neque solum honorem, sed totum caput amittit. Addictum vero facultates bonaque sua retinuisse, supra probavi; executio enim non in rem, sed in personam fiebat. Attamen illud, quod corpori imminebat periculum, optime valebat ad refringendam contumaciam illius, qui solvendo erat, debitoris. Qui autem satis non habebat ad omnem debiti summam exsolvendam, illi paciscendi jus a legibus datum erat, et tum demum, nisi pactus foret, habebatur in vinculis. Quod paciscendi jus et consuetudinem non ex Gellio tantum cognita habemus, sed et alias in singulis causis memorata invenimus. Ex superioribus enim didicimus, non judicatis solum manum injici, sed et ex delicto ad certam summam pecuniae damnatis, veluti furti vel injuriarum; de quibus singulis pauca addam. Furti jam inde a XII tabulis duo praesertim genera erant: furtum manifestum et nec manifestum. Nec manifesti furti poena per legem XII tabularum dupli irrogatur. Manifestos autem fures decemviri occidi permiserunt, si aut quum facerent furtum nox esset, aut interdiu telo se, quum prenderentur, defenderent. Ex ceteris autem manifestis furibus liberos verberari addicique jusserunt ei, cui factum furtum esset, si modo id luci fecissent, neque se telo defendissent; servos item furti manifesti prensos verberibus affici, et e saxo praecipitari, sed pueros impuberes praetoris arbitratu verberari voluerunt, noxamque ab his factam sarciri. Ea quoque furta, quae per lancem liciumque concepta essent perinde ac si manifesta essent, vindicaverunt. Huic vero furi manifesto cum illo cui verberatus addictus erat pacisci licuisse l. 7. §. 14. D. de pactis, testimonio est. Ibi enim Ulpianus: „et de furtis, in-

quit, pacisci lex permittit." Eodem facit Paulus ad edictum in l. 17. §. 1. D. eod.: „quaedam actiones per pactum ipso jure tolluntur, ut injuriarum, item furti." Ex hac autem paciscendi consuetudine illa quadrupli poena, quam furi manifesto in edicto irrogat praetor, effluxisse videtur. Sed postea qui hanc pecuniae summam aut nolebat aut non poterat solvere, etiam nunc illi, cui furtum fecerat, addicebatur, et cum eo pacisci poterat. Sed tamen quae intercedat differentia inter illam addictionem, quae statim et poenae causa fiebat, et hanc, quae insolventiam aut contumaciam ex furto obligati sequebatur, nemo ignorare potest. Similiter injuriarum poena in lege XII tabularum statuta erat. Verba enim sunt: „si membrum rupit, ni cum eo pacit, talio esto." Propter os vero fractum aut collisum, trecentorum assium poena erat, veluti si libero os fractum erat; at si servo, centum quinquaginta. De verbali autem injuria punienda scriptum erat: „si injuriam faxit alteri, XXV aeris poenae sunto." Qui vero propter os fractum vel verbalem quandam injuriam illatam ad certam summam solvendam condemnati post triginta dies non solverant, illis in jure manus injiciebat is, cui erant damnati; tum addicebantur, et post LX dies aut capite poenas luebant aut trans Tiberim peregre venum ibant. Illi vero, in quem talio statuta erat, de hac ipsa pacisci licebat; neque enim sine hac facultate ipsa paris vindictae lex consistere poterat. Unde factum est, ut postea tertio capite legis aquiliae abrogaretur. In eo enim cautum est: „ceterarum rerum, praeter hominem et pecudem occisos, si quis alteri damnum faxit, quod usserit, fregerit, ruperit injuria, quanti ea res erit in diebus XXX proximis, tantum aes domino dare damnas esto." Hanc autem pecuniae summam illi, cui quis damnatus erat, post XXX dies per manus injectionem petere permissum erat; deinde vero assequebantur quaecunque in

alium quendam addictum agerentur. Haec vero de manus injectione et insequente addictione forsitan in ipsius legis aquiliae capite quodam exposita erant: quamvis et ne minimum quidem hujus rei vestigium inveniamus et nulla omnino exponendi necessitas fuerit. Quo magis mihi illorum sententia vituperanda videtur, qui apud Gajum libr. IV. §. 21. „lege aquilia" pro „lege aliqua" legendum putant. Qua de re nil amplius addam, quam quod ineptiis mihi fucata omnia videntur, si nominata prius lege aquilia, per quam manus injectio introducta sit, tum insequantur aliae quaedam leges, veluti duodecim tabularum, per quas idem effectum esse idem auctor dicat. —

Haec autem, quam adhuc descripsimus, legis actio per manus injectionem ex lege XII tabularum in judicatum tantum damnato ideo dabatur, ut per eam ipsum judicatum exsecutionem acciperet. Postea vero aliis quibusdam legibus haec legis actio et in alios data est, ubi nulla erat res judicata, sed rei judicatae fictio; quae igitur manus injectio „pro judicato" nominata est, quae autem ex consuetudine sequentium temporum utilis legis actionis nomen accepisset. Sicut autem utilis actio per omnia directam imitabatur, ita et manus injectio pro judicato illam simplicem manus injectionem judicati. Unde fiebat, ut illi, cui pro judicato manus injecta erat, manum sibi depellere et pro se lege agere minime liceret, sed vindicem dare deberet, qui injuste sibi manum injectam querebatur. — Haec igitur manus injectio pro judicato illi, quae recentioribus temporibus in usum venit, formae „processus mandati simplicis" comparari potest. Utroque enim casu executio ante omnia fit primumque locum obtinet. Hujus autem manus injectionis pro judicato duo exempla a Gajo afferuntur: primum lex publilia in eum illam dedit, pro quo sponsor dependisset, si in sex mensibus proximis quam pro eo depensum esset, non

solvisset sponsori pecuniam. Item lex furia de sponsu adversus eum, qui a sponsore plus quam virilem partem exegisset. Hae autem leges fidei sanciendae gratia talem legis actionem pro judicato in hos dederunt; quia grave est fidem fallere; qua sublata adimi putaverunt veteres illud subsidium propriae inopiae, si perfidia creditorum debitorumve sine gravi poena sponsores eluderet. —

Sicut autem formularum temporibus ad actiones directas illas utiles, et his deinde illas in factum, uti strictiore sensu appellantur, accedere videmus, veluti in lege aquilia: ita et in hac legis actione postea aliae leges ex quibusdam causis constituerunt quasdam actiones per manus injectionem sed puram i. e. neque judicati, neque pro judicato. Quibus legibus id proprium erat, ut, si cui ex ipsis manus injecta esset, illi manum sibi depellere, et pro se lege agere liceret. Nam et actor in ipsa legis actione non adjiciebat verbum „pro judicato"; sed, nominata causa ex qua agebat, ita adjiciebat: „ob eam rem ego tibi manum injicio"; quum hi, quibus pro judicato actio data erat, nominata causa, ex qua agebant, ita inferebant: „ob eam rem ego tibi pro judicato manum injicio." Unde id intelligitur, hanc puram manus injectionem illi potius summarii processus formae comparari posse, quam nos „processum mandati conditionalis" appellamus. In utroque enim casu ex rei voluntate pendebat, num quae actor postulabat, statim facere, an ad ordinarium processum adversarium remittere vellet. Porro et hujus manus injectionis duo apud Gajum exempla legimus. Primum lex furia testamentaria adversus eum, qui legatorum nomine mortisve causa plus M assibus cepisset, quum ea lege non esset exceptus, ut ei plus capere liceret. Alterum lex marcia adversus faeneratores, ut si usuras exegissent, de his reddendis per manus injectionem de iis ageretur. Ideo autem adver-

sus hos mitiorem legis actionem constitutam esse putaverim, quia haud ita poena digni videbantur, qui contra leges et jus civile, quam qui adversus fidem, subsidium illud et fundamentum omnium negotiorum, et paene ipsam rerum naturam peccassent. Accedit, quod temporum tractus ad clementiam aequitatemque quotidie propensior fiebat. Unde evenit, ut postea lege quadam, excepto judicato et eo pro quo depensum est, ceteris omnibus, quibuscum per manus injectionem agebatur, permitteretur, sibi manum depellere et pro se agere. Quae autem haec lex fuerit, varia an valgia? an velleja, an aquilia, an paetelia, in tanta dominorum discrepantia, ubi facile est, pro unaquaque et ineptissima opinione auctoritatem quandam invenire et pro se laudare, indagare superfluum habeo. Illud mihi majoris momenti videtur, quod et post hanc legem judicatus et is, pro quo depensum est, vindicem dare debebant, et nisi darent, domum ducebantur; quae semper ita observabantur, quamdiu legis actiones in usu erant. Hoc enim illud extra omnem dubitationem ponit, quod initio probare operam studui sc. judicatum huic legis actioni originem dedisse, neque mutuo eam comparatam fuisse, sed omni judicato, quia qui judicatum facere detrectat, poena gravi dignus videtur, sicut et ille, qui sponsoris fidem fallens, quod pro ipso depensum est, solvere moratur.

Neque tamen haec legis actio semper usque ad interitum illa severitate, et paene dixerim, atrocitate poenae insignis erat. Anno enim 428 u. c. lex paetelia lata est, quae non nexum tantum sustulit, sed et manus injectionem aliqua pristinae immanitatis parte exuit. Quae lex, quum et maximi momenti sit hac in materia et maximas dominorum controversias moverit, longiore expositione indigere videtur.

Illud ex superioribus intelligitur, nexum generalem civilis obligationis formam fuisse. Quicunque igi-

tur alium civiliter sibi obstringere volebat, sicuti postea stipulationem, ita tunc aes et libram, V testes et libripendem adhibebat. Hae tantum nexi obligationes civiles firmaeque erant exceptis illis, quae vel ex lege descendebant, aut jam tum consensu contrahi intelligebantur. Nexi igitur obligatio, sicut postea stipulatio, in usu quotidiano erat, et in usurarum obligatione praecipue adhibebatur. Quum autem primis illis temporibus omnes fortunae penes patricios essent, naturaliter evenit, ut plebejorum longe maxima pars, bonis pecuniaque exuta, patriciis necteretur, deinde addiceretur, postremo, nisi solvendo essent, in servitutem redigeretur. Ita nexum instrumentum tetrum et detestabile opprimendae plebis libertatis, et contra lex paetelia, quae necti vetuit, velut aliud initium libertatis visum est. „Mutatum autem jus, ut Livius narrat, ob unius faeneratoris simul libidinem simul crudelitatem insignem. L. Papirius enim, quum C. Publilium juvenem, qui ipsi sese ob aes alienum paternum nexum dedisset, incesto sermone ad turpitudinem pellicere non potuisset, nudari jubet verberaque afferri. Quibus laceratus juvenis, quum se in publicum proripuisset, libidinem crudelitatemque conquerens foeneratoris, ingens tumultus repentine est exortus." „Quo coacti consules senatum vocarunt, et ab eo jussi sunt ferre ad populum, ut Livius dicit, ne quis, nisi qui noxam meruisset, donec poenam lueret, in compedibus aut in nervo teneretur; pecuniae bona debitoris, non corpus obnoxium esset. Ita nexi soluti, cautumque in posterum, ne necterentur." Iisdem paene verbis Cicero utitur: „sunt propter unius libidinem omnia nexa civium liberata, nectierque postea desitum." Victum igitur est eo die, ob impotentem libidinem unius, ingens vinculum fidei; illaque lex velut aliud initium plebis libertatis visa est. — Sed subsistamus hic aliquantulum, et quae fuerint illius

mutationes, quaeque harum ipsarum natura, ut aliud initium libertatis appellari possint, videamus. —

Prius autem admonendum est, jam ante legem paeteliam per aliam quandam legem, cujus nomen apud Gajum legi non potest, illud factum esse, ut manus injectio, sicut per XII tabulas sancitum fuerat, in judicatum tantum daretur, et praeterea ex lege publilia in eum, pro quo sponsor dependisset. Deductis autem illis ex legibus vel ex consensu oriundis obligationibus, de iis tantum judicari poterat, qui per nexum sese obligaverant, quia haec generalis solaque juris civilis forma erat. In judicatum autem manus injectio dabatur: manus injectio autem ipsius servitutis initium erat. Illa igitur generalis nexi forma quum in aliis, tum potissimum in usurarum obligatione periculosa erat civium saluti, quum ea esset usurarum natura, ut in dies magis crescerent, itaque, sorti semper accedente nova summa, brevi debitorem in tantum obruerent, ut nulla omnino ei spes relinqueretur. Quapropter lex paetelia primum statuit, ut qui jam essent nexi addictive, eo vinculo solverentur, et praeterea, quod longe maximum est, ne quis in posterum necteretur. Eo enim factum est, ut in posterum propter usurarum obligationem nemo in servitutem deduci posset. Haec igitur prima pars legis de ipsa manus injectione nil rogavit, sed de nexo tantum loquuta est, utpote vetitum, ne quis in posterum tam gravis ponderis, XV librarum aut supra, vincula debitori injiceret; vincire autem et postea licuit. Ita et ille Livii locus intelligendus est, ubi M. J. Pera dictator in bello, quod contra Hannibalem gerebatur, edixit: „qui capitalem fraudem ausi, quique pecuniae judicati in vinculis essent, qui eorum apud se milites fierent, eos noxa pecuniaque sese exsolvi jussurum" (Liv. libr. XXIII. c. 14.). Ita denique et illud intelligimus, quomodo Justinianus cessionem bonorum fieri, omni

corporali cruciatu semoto, jubere potuerit (L. 8. C. qui bonis). —

Quae omnia si paucis comprehendere velim, lex paetelia quatuor has mutationes juri sui temporis adhibuit: I) effecit, ut nexi addictique solverentur. II) prohibuit, ne in posterum quis necteretur. III) ne judicati amplius in tam gravibus compedibus tenerentur. IV) ne debitorem vendere, interficere, secare liceret. —

Unde nunc haec alia quaestio oritur, quae scilicet in derogatorum locum postea successerint, eorumque partes expleverint. —

Jam autem id vel mediocriter in jure romano versato manifestum esse debet, nullum umquam juris institutum penitus interiisse, sed aliud semper inde effluere solitum, quod prioris vice fungeretur. Quod et hac parte juris confirmari videmus.

Ex nexi enim forma originem traxit stipulatio, sicut supra demonstravi. In eum autem, qui ex stipulatione obligatus erat, manus injectionem haud amplius datam esse, jam ex superioribus sequitur. Ob eam enim potissimum causam nexum sublatum est, ne in posterum judicatus quisque manus injectionem pateretur. Quae igitur executio in eum data est, qui ex stipulatione debere judicatus erat? Sine dubio eadem illa, quam jamdiu praetor peregrinis et in eos dare solebat, quia notissimum est, lege agere non nisi civibus et in cives licuisse. Eadem de causa et formulas, in peregrinorum litibus primum a praetore datas, in usum venisse, jam supra annotavimus. Sicut autem hae formulae, sublatis legis actionibus, omnibus et in omnes dari consueverunt: ita quoque illa executio, a praetore peregrinorum causa primum inventa et introducta, nunc, nexo per legem paeteliam sublato, et iis et in eos dabatur, quibus et in quos antea manus injectio permissa erat. Quam honorariam execu-

tionem antequam accuratius describam, generalia quaedam monenda videntur.

Quamvis manus injectio ut legis actio hic locum habere non potuerit, attamen ipsa personalis exsecutio, destituta quidem legis actionis forma ac solennitate, et hic in usu remansit; idque semper ita observabatur etiam post legis actiones sublatas usque ad Justiniani tempora; quam rem infra plurimis exemplis extra omnem dubitationem ponam. — Haec igitur honoraria exsecutio in personam ita procedebat, ut praetor ex suo imperio ducere debitorem juberet, non, ut antea, ipse creditor, velut ex propria sua auctoritate, manus debitori injiceret. Domum autem deductum debitorem praetor nunc quoque vincire permittebat. Vinctum autem gravi vinculorum pondere afficere, eumque post LX dies peregre vendere, interficere vel secare, quum tali immanitati mos publicus repugnaret, a praetore primum vetitum, et postea tantum per legem paeteliam e jure honorario in jus civile translatum esse, nemo sanus dubitabit. Remansit ergo et post hanc legem personalis exsecutio, sed antiqua actionis solennitate, itemque pristina illa crudelitate exuta. Mutuum tantum antiquam legis actionem retinebat, ita tamen, ut et in eo gravia vincula injicere, peregre vendere, interficere vel secare vetitum esset. Quare haec differentia pro nulla paene habenda est, quantum eventum attinet. Perparvum enim interest, num creditor solenniter, teste tantum praetore, manum debitori injiciat, an sine omni solennitate jussu praetoris id faciat. Utroque enim casu ita ductus addictusque non, ut antea, post LX dies in servitutem detrudebatur, sed manebat addictus, donec aes alienum per operas suas creditori compensasset. Servire igitur creditori cogebatur, attamen servus non erat, hucque potissimum respiciunt illae a Quinctiliano diligenter enumeratae differentiae inter servum addictumque. In quibus et id

legitur, quod servus, qui jure servitutem servit, invito domino libertatem non consequetur, addictus vero solvendo citra voluntatem domini consequetur. Solvisse autem et per operas videtur. — Deinde et id memoratur: ad servum nulla lex pertinet, addictus legem habet. Quod ita verum est, ut Licinius Rufinus utilem in eum poenalem actionem dandam esse dicat, qui victum vel stratum judicato inferri non patiatur, alii autem contendant, injuriarum eum agere posse. arg. l. 34. D. de re judic. Unde necesse erat, quae verba „victus et stratum" contineant, accuratius definire. Quibus de vocibus conf. l. 43, 44, 45 D. de V. S. Haec autem solutio, quae ipso jure libertatem addicto restituebat, non per operas tantum fieri poterat, sed per ea praecipue, quae ipse debitor in bonis habebat. Quod ad illustrandum, necesse habeo, quaedam ex antiquae manus injectionis tempore repetere. Ibi enim debitor, qui solvendo erat, sine dubio debitum solvere maluit, quam servitutem pati, ne cum libertate simul et bona amitteret. Qui autem solvendo non erat, neque ad paciscendum creditorem, vindictae studiosum, adducere valebat, ejus bona, siquidem ipse peregre venierat, ut vacua derelictaque a creditoribus occupari, et anno vel biennio usucapi poterant; si autem interfectus erat, nemo sine dubio, hereditatem aere alieno exhaustam qui adiret, praesto erat, itaque a creditoribus occupabatur. Talis bonorum debitoris sors erat, quamdiu permissum erat, in servitutem eum detrudere, morteque afficere. Quo jure sublato, postea addicto, qui servire tantum, neque jure servus esse videbatur, omnia bona integra remanebant. Praetor autem, ne poenae deminutio creditoribus fraudi esset, cujus personam a servitute morteque servavit, ejusdem bona creditoribus obnoxia esse primus constituit; quod inde postea in paeteliam legem translatum esse arbitror. Praetor igitur simul domum deducere debitorem, ejus-

que bona a creditoribus possideri jubebat. Hoc autem in judicati persona fiebat, neque intererat, quod principale debitum in judicium deductum fuisset. Judicato autem confessus par habebatur. Postremo in indefensi persona idem jus locum habebat. Haec autem testimoniis confirmare e re esse arbitror, quia idem summi momenti argumentum est, et legis actionem per manus injectionem, in cujus locum praetoriana illa exsecutio successit, non in pecuniae tantum judicatum, sed in omnem omnino judicatum damnatumve post XXX dies locum habuisse, itemque in confessum et indefensum. Horum omnium c. 21 et 22. legis Rubriae de Gallia cisalpina testimonium plenum perfectumque continent. Quae capitula ego hoc modo interpretor, quamvis alii iidemque doctissimi viri aliter sentiant. Expressis verbis (lin. 22-25.) dicitur, ex hac lege nil rogari, ne qui in Galliae cisalpinae oppido quodam juri dicundo praesit, judicium recuperatoresve det, judicarive de ea re (sc. de pecunia credita; idem tamen et ad aliam quamcunque rem trahendum puto) ibi curet. Unde intelligitur, quaecunque in duobus illis capitulis de exsecutione sanciantur, ad executionem rei in illo oppido judicatae nequaquam pertinere; sed omnes quidem lites et secundum illius oppidi vel municipii jus et consuetudinem judicari, et secundum ejusdem juris tenorem postea a magistratu illo municipali exsecutionem accipere. Qualis autem hujus executionis forma atque consuetudo fuerit, nescio; nil enim in ipsa lege hac de re legitur, neque ea accuratius definire necesse erat, utpote illius provinciae hominibus optime nota. Illa igitur capitula de iis tantum casibus loquuntur, ubi quis aut confessus est, aut ibi de ea re in jure nil respondit, aut judicio se non defendit. Quibus casibus equidem non dubito, et secundum proprium suum jus magistratus municipales exsecutionem in confessos, qui tamen

debitum non exsolvunt, et in indefensos decernere potuisse; hujusque rei l. 50 et 51. expressum testimonium exhibent. Placet enim mihi Savinii harum linearum interpretatio: „dum ne quis, qui hac de executione jam praetorem Romae adierit, et alium magistratum (sc. municipalem) de eadem re adeat". In iisdem autem tribus illis casibus potestas permittitur judici municipali, ut, si quidem res apud eum agatur, de pecunia certa credita, signata forma publica populi romani, tum ei liceat debitorem duci jubere; quod proprium est juris civilis romani, neque sine expressa hujus legis sanctione decernere municipali magistratui licuisset. Si autem res agebatur de alia quacunque re, extra pecuniam certam creditam signatam forma publica populi romani, tum, si apud municipalem magistratum, in jure non responderit, aut judicio, uti oportebit, se defendere noluerit, aut confessus erit, „dare, facere, praestare, restituere oportere, aut se debere, ejusve eam rem esse, aut se eam habere, eamve rem de qua ageretur, se fecisse, obligatumve se ejus rei noxiaeve esse", his tribus casibus neque bona possideri, neque quod supra licuerat, debitorem duci jubere judici municipali permissum erat; sed Romae praetorem adire necesse erat actori, quia penes illum solum harum rerum potestas erat. Quare autem haec differentia introducta sit, illa ratio est, quod praesertim in pecuniae mutuaticiae usu atque commercio fidem servandam, neglectam autem gravi poena confestim et quam celerrime feriendam putaverunt Romam. Quae tamen ratio eo non poterat addicere, ut et ipsam bonorum possessionem, quae ex auctoritate et imperio praetoris origmem ceperat, decernendi municipali magistratui facerent. Satis enim putaverunt consultum esse creditoribus, si debitoris personam in potestate interim tenerent. Unde id manifestum fit, ex hac pecuniae creditae ceterarumque

rerum differentia, quam lex Galliae cisalpinae statuit, illud concludi non oportere, pecuniam creditam personali tantum, ceteras vero res et personali executioni et bonorum possessioni subjectas esse. In utroque enim casu bonorum possessio decerni, sed Romae tantum potest; domum deductio vero et Romae et, si de pecunia credita confessus quis sit vel indefensus, etiam in municipio. —

Ex hac autem interpretatione illud, cujus gratia legis rubriae mentionem feci, jam per se clarum est, sc. non pecuniae tantum judicatum, sed de quacunque re condemnatum, praeterea confessum et indefessum, domum deductionem jussu praetoris pati debuisse. Sed eadem lege simul illud confirmatur, qui domum a creditore ducebatur, ejusdem simul bona possideri eundem praetorem jussisse. Ad duos illos casus, in quibus lex Galliae cisalpinae indefensum quem dicit, sc. si aut in jure non responderit, aut judicio, uti oportebit (verbi gratia cum satisdatione vel cum sponsione), se non defenderit, tertius accedit regularis et quotidianus casus, ille scilicet, ubi quis fraudationis causa latitat, aut in jus jam vocatus, aut ne vocetur. arg. l. 52. D. de R. J. Hunc autem domum deduci non posse, utpote qui in jure non adest, neminem fugit. Ejus tamen bona possideri jubet praetor his verbis: „qui fraudationis causa latitarit, si boni viri arbitratu non defendetur, ejus bona possideri vendique jubebo". arg. Cicero pro Quintio c. 19. conf. Gaj. lib. III. §. 78. —

Illud nunc probatum est, praetorem debitorem quemcunque, sive confessum et judicatum sive indefensum domum deduci bonaque ejus possideri, jussisse. De illa domum deductione nunc nil addendum habeo. Bonorum autem possessio paucis illustranda est.

Illud enim ante omnia manifestum est, hanc

bonorum possessionem ab illa directa in rem facta exsecutione, quam excepta rei vindicatione, antiquo juri romano penitus ignotam fuisse, supra contendimus, longissime distare; atque praetorem principio illi summaeque totius executionis antiquae nil omnino detraxisse. Haec adeo vera sunt, ut ne in eam quidem rem, quam quis exhibere vel restituere debet, ulla umquam vis sit illata; quamvis hac via saepissime brevi tempore omnia ad finem perduci possint. — Quin et in interdictis praetor, qui hic profecto principaliter auctoritatem suam interponit, ad exsequenda, quae fieri jussit, vel prohibenda, quae facere vetuit, numquam vi armata neque manu militari utitur. Sed qui contra facit, in eum judicium redditur, quod saepissime cum periculo ad finem perduci supra vidimus. Qui autem fraudationis causa latitat, aut praesens se non defendit, aut non vult suscipere actionem, is domum deduci bonaque ejus possideri, proscribi venireque jubentur. Hoc est jus ordinarium, de quo Ulpianus in l. 1. §. 2. D. si ventris nomine, ita disserit: „necessario praetor adjecit, ut qui per dolum venit in possessionem, cogatur decedere. Coget autem eum decedere non praetoria potestate, vel manu ministrorum, sed melius et civilius faciet, si eum per interdictum ad jus ordinarium remiserit", et in l. 1. §. 1. D. de tabul. exhib. ita: „si quis forte confiteatur, penes se esse testamentum, jubendus est exhibere, et tempus ei dandum est, ut exhibeat, si non potest in praesentiarum exhibere. Sed si negat, se exhibere posse vel oportere, interdictum hoc competit". Sicuti interdicta, ita ne illa quidem decreta, per quae quis in bonorum possessionem a praetore mittebatur, per vim exsequebatur magistratus. Sed poenale judicium in eum, qui non admitteret, constitutum, idque ordinarium jus erat; quamvis extra ordinem per officiales magistratus quem introduci saepius necessarium fuerit.

arg. l. 3. pr. D. Ne vis fiat ei, qui in possess. (Ulpian.): „si quis missus fuerit in possessionem, ... et non admittatur, potestate ejus inducendus est in possessionem, qui eum misit; aut si quis volet uti interdicto, consequens erit dicere, interdictum locum habere. Sed melius erit dicere, extra ordinem ipsos jure suae potestatis exsequi oportere decretum suum, nonnunquam etiam per manum militarem." §. 1. Si quis igitur in his bonis non admittatur, dicendum est, hanc actionem utilem competere; ceterum poterit uti et extraordinaria executione." l. 5. §. 27. D. ut in possession. legator. (Ulpian.) „Missus in possessionem, si non admittatur, habet interdictum propositum; aut per viatorem, aut per officialem praefecti, aut per magistratus introducendus est in possessionem." — Sicut ergo principium totius de executione juris antiqui praetor omnimodo retinuit, ita et in singulis partibus honorariae exsecutionis vetus illud jus manus injectionis agnoscere haud difficile est; ita ut negari nequeat, vetustum jus civile secutum esse praetorem, in quantum fieri poterat. —

Neque substitit in eo, quod bona possideri jubebat; sed mox et bonorum venditionem praetor Publius Rutilius introduxisse dicitur. Quam venditionem praecedebat bonorum proscriptio, totaque res ita procedebat. Qui indefensus, confessus aut judicatus erat ad dandum vel faciendum, neque solvit fecitve quod judicatus aut confessus erat, is post antiquum illud XXX dierum spatium, quod XII tabulae introduxerant, praetor autem servaverat, elapsum, si in jure aderat, domum deduci bonaque possideri jubebatur a praetore. Quae bonorum possessio rei servandae causa dabatur; missus enim detinere tantum debitoris nomine videbatur. Neque dominum invitum inde detrudere, neque quidquam, quod ibi recte custodiri poterat, auferre vel abducere licebat. arg. Cic. pro Quintio c. 27.

Bona autem ipsa, Gajo libr. IV. §. 78. teste, per XXX dies possidebantur, libellis in celeberrimis locis propositis — arg. Cic. pro Caecinna c. 15.; Sen. de benef. libr. IV. c. 12. —, in quibus ita scriptum erat: „ille debitor noster in ea causa est, ut bona ejus divendi debeant. Nos creditores (vel unus creditor) patrimonium ejus distrahimus. Quicunque emere volet, adesto.“ arg. Theophil. paraph. libr. III. tit. 12. pr. Post hanc autem proscriptionem jubet praetor convenire creditores; si plures sint, et ex eo numero magistratum creari, qui debitoris patrimonium divendere deberet. Haec autem venditio, proscriptione per dies XXX continuos proposita, fiebat. Unde intelligitur, eadem dierum spatia in bonorum venditione servata esse, quae jam ex lege XII tabularum in debitoris ipsius addictione atque venditione in usu fuerant. Primum enim XXX dies judicato et a XII tabulis et a praetore indulgebantur, conquirendae pecuniae causa, quam dissolveret, illoque tempore nil jure cum ipso agi poterat. Tum ex XII quidem tabulis creditori addicebatur; ex praetoris edicto ipse duci, bona vero possideri jubebantur. Tum ex XII tabulis debitor per LX. dies in vinculis habebatur, saepiusque in forum producebatur, quantaeque pecuniae judicatus esset praedicabatur, idque ipsius debitoris gratia fiebat, num forte vindex existeret, ipsumque vinculis liberaret. Eodem modo praetor per LX dies bona possideri jubebat: per XXX quidem priores possideri tantum, per XXX autem posteriores et possideri et proscribi. Ita scilicet, si vivi bona veneant. Si autem mortui, per XXXV tantum possidebantur; per XV quidem priores possidebantur tantum, per XX autem insequentes possessa etiam proscribebantur. Quare autem tardius viventium bonorum venditionem complere jubeat praetor, illam esse rationem Gajus l. c. dicit, quia de vivis curandum erat, ne facile bonorum venditionem pate-

rentur; sicuti in lege XII tabularum idem tempus servatum vidimus., ne facile servitutis mortisve poena afficerentur debitores. Post illos enim LX dies elapsos debitor a creditore ex lege XII tabb., aut interficiebatur, aut, quod saepius advenit, peregre venum dabatur; ex praetoris autem interdicto post idem tempus emtori patrimonium debitoris addicebatur. — Sed et illud eandem similitudinem exhibet, quod sicuti addictus per LX illos dies de facto tantum servire, non autem de jure servus esse intelligebatur: ita quoque bona debitoris per idem temporis spatium detineri tantum a creditore jubebantur. Ipsum enim missum neque dominium, neque possessionem ejus rei adipisci et jurisconsulti saepius testantur, veluti e. g. Paulus in l. 3. §. 23. D. de acquir. vel omitt. possess., qui Quintum Mucium in eo fortiter reprehendit, quod inter genera possessionum posuerit, si quando jussu magistratus rei servandae causa ut creditores possidemus, non possessionem enim, sed custodiam et observationem quandam nobis concessam esse; — et imperatores saepe rescripserunt; veluti e. g. Diocletianus et Maximianus in l. 6, 8. C. de bon. auct. jud. poss. Unde et illud intelligitur, nil omnino obstare, quominus et aliis ejusdem debitoris creditoribus in eadem bona aditus detur. Quin immo et hae potissimum de causa bona proscribebantur, ut et reliqui creditores adesse possent suaque persequi; post completam enim venditionem nil amplius ab emtore consequebantur, nisi si jam antea se creditores esse confessi erant. Illud autem testatur Paulus ad edictum in l. 12. pr. D. de reb. auct. jud. poss. his verbis: „quum unus ex creditoribus postulat in bona debitoris se mitti, quaeritur, utrum solus is, qui petit, possidere potest? an cum unus petit et praetor permisit, omnibus creditoribus aditus sit? et commodius dicitur, quum praetor permiserit, non tam personae illius petentis, quam

creditoribus; et in rem permissum videri; quod et Labeo putat. Nec videtur libera persona adquirere alii; quia nec sibi quidquam adquirit, cui praetor permittit; sed aliquid ex ordine facit, et ideo ceteris quoque prodest." Inde autem intelligitur, ex hac bonorum venditione primum effluxisse creditorum concursum, ad certam regulam normamque redactum; quum antea nil tale locum habere potuerit propter illam legem XII tabularum, ex qua debitor aut morte aut servitute afficiebatur, ejusque bona utpote vacua primo cuique occupanti cedere solebant.

Et hic velim eruditiores ad aliam simillimam rem animum attendant. Nemini enim ignotum esse potest, ex XII tabulis primo cuique rem hereditariam, cujus possessionem heres nondum nactus est, occupare, camque, sive mobilis sit sive immobilis, dummodo usucapionem recipiat, anno usucapere licuisse; quae species possessionis et usucapionis pro herede vocatur. arg. Gaj. libr. II. §. 52. praeterea etiam lucrativa. arg. Gaj. libr. II. §. 56. nam sciens quisque rem alienam lucrifacit. Sicuti autem illo nostro casu bonorum venditione introducta, iniquissima illa bonorum occupatio in desuetudinem abiit: ita haec quoque improba possessio et usucapio, etiam antequam SCto sub Hadriano lato, expressis verbis tolleretur, per bonorum possessionem, quam praetor contra tabulas, ex testamento et ab intestato dare solebat, ex usu ac consuetudine hominum expulsa est. Quae res me movet, ut ipsa illa bonorum venditio quomodo facta sit, paucis illustrem. Cum igitur jam per dies aliquos bona proscripta essent, tertium creditores praetorem adibant, ut sibi liceret legem bonorum vendendorum facere, atque tum praefatae proscriptioni talia addebant: „ea quicunque emerit, creditoribus (verbi gratia) in dimidiam partem eorum, quae ipsis debentur, respondere debet: sic, ut cui centum aurei debentur, accipiat quinquaginta; et cui ducenti, acci-

piat centum". Et quum statutum tempus praeteriisset, tum emtori patrimonium debitoris addicebatur. Haec ita Theophilus l. c. describit. Unde manifestum est, emtorem in ipsius venditoris locum successisse, idque genus quoddam per universitatem successionis esse, quod et expressis verbis testatur Gaj. libr. II, §. 98. et libr. IV, §. 77-82. Sicut ergo in hereditate vel in alia quacunque per universitatem successione, ita et hic actiones omnes, quaecunque ei vel contra eum, qui passus erat bonorum venditionem competebant, in bonorum emtorem transferebantur, ita tamen, ut ex superioribus liquet, ut pro rata tantum, veluti verbi gratia in dimidium (50%) creditoribus teneatur. Si igitur cum ipso agant creditores, debent cum deductione agere, ita ut in hoc solum adversarius condemnetur, quod superest deducto eo, quod invicem sibi defraudatoris nomine debetur, arg. Gaj. libr. IV. §. 65. Illud autem intelligitur, illos tantum creditores legi bonorum venditionis adstrictos esse, qui dare facere debere debitorem, non qui suam aliquam esse rem intendunt. Quod denuo illud confirmat, quod initio totius posui, sc. manus injectionem obligationum tantum exsecutionem fuisse. In hujus enim manus injectionis locum hanc bonorum possessionem venditionemque successisse vidimus. Quam utramque a praetore, sicuti supra affirmavi, introductam esse, vel illud testimonio est, quod bonorum emtor praetorius successor intelligitur, ita ut utiliter tantum et experiri et conveniri possit. arg. Gaj. lib. II, §. 155. Neque enim depacisci cum creditoribus videtur, cujus bona etiam inviti semel venierunt. Longe alia erat addicti debitoris conditio, qui quum semel venierit, etsi postea libertatem recipiat, tamen amplius obligatus omnino non intelligitur; per capitis enim deminutionem omnia debita et obligationes intereunt. Qui autem duci, cujusque bona possideri a praetore jussa sunt, is capite

non minuitur, sed ignominia tantum notatur. Quae ignominia simul cum bonorum possessione data initium capit, neque aliud quidquam requirit. Id Cicero pro Quintio c. 15. testatur his verbis: „cujus vero bona venierant, cujus non modo illae amplissimae fortunae, sed etiam victus vestitusque necessarius sub praecone cum dedecore subjectus est, is non modo ex numero virorum exturbatur, sed, si fieri potest, infra etiam mortuos amandatur. Ergo Hercule cujus bona ex edicto possidentur, hujus omnis fama et existimatio cum bonis simul possidetur. De quo libelli in celeberrimis locis proponuntur, huic ne perire quidem tacite obscureque conceditur, cui magistri fiunt et domini constituuntur, qui, qua lege et qua conditione pereat, pronuntient; de quo homine praeconis vox praedicat et pretium conficit, huic acerbissimum vivo videntique funus ducitur, si funus id habendum sit, quo non amici conveniunt ad exsequias cohonestandas, sed bonorum emtores ut carnifices ad reliquias vitae lacerandas et distrahendas". — Et quia in aliis quoque partibus ad similitudinem manus injectionis et hujus honorariae executionis animum advertere studui, eandem et hac parte attingere lubet. Addictus capite non minuebatur, sed infamiam tantum incurrebat, neque postea per vindicem vel plena solidaque solutione ea purgari poterat. Ideo etiam Cicero l. c., raro, ait, bonorum possessionem dari majores voluisse; praetores, ut considerate fieret, comparasse. Tum pergit: „viri boni quum palam fraudantur, quum experiundi potestas non est, timide tamen et pedetentim istuc descendunt, vi ac necessitate coacti, inviti, multis vadimoniis desertis, saepe illusi ac destituti. Considerant enim quid et quantum sit alterius bona proscribere". — Cum hac autem bonorum venditione introducta simul et aliud quid innovatum arbitror. Apud Gajum enim legimus, legis actionum tempore in usu fuisse, ut

ipsam rem judex condemnaret, postea autem vigentibus formulis omnem condemnationem pecuniariam fuisse, etiamsi verbi gratia actor equum vel hominem Stichum petierit. Haec profecto mira videntur; nec sine causa, quum quotidie evenire possit, ut rem quandam quis pecuniariae aestimationi praeferat, etiamsi ipsi jurejurando, quanti sua intersit, taxare liceat; quod id profecto omni dubitationi eximit, sine summa gravissimaque causa haec ita immutata non fuisse. Quam paucis illustrabo. Illud ex superioribus meminimus, addicto paciscendi jus fuisse; addicebatur autem quicunque aut ex delicto aut ex contractu obligatus judicatum facere post statutum tempus detrectabat. Ergo si verbi gratia Stichum hominem Sejo dare condemnatus sim, isque antequam tradam decesserit, tum post XXX dies manus mihi injici praetor permittit, siquidem dolo hac in re versatus sim. Manet autem mihi paciscendi jus; legem pactioni autem Sejum scribere, meque, qualiscunque sit, accipere debere, omnes bene intelligunt. Si autem nullus dolus hac in re versatus sit, tum mihi judicem arbitrumve ad hanc rem aestimandam postulare conceditur. Tali enim casu locum habuisse legis actionem per judicis postulationem, jam supra latius exposui. In utroque autem casu rei eventum a praetore primum immutatum esse arbitror. Quod enim primo illo casu totius rei aestimatio ex creditoris arbitrio fiebat, cui, omni pactione denegata, et in servitutem debitorem detrudere licebat, hoc bonorum venditioni postea haud amplius convenire potuisse, nemo est qui non videat. In servitutem enim detrudere haud amplius permissum erat; ex arbitrio autem facta ejus rei aestimatio concurrentibus creditoribus ne fraudi esset verendum erat. Quod autem alterum casum attinet, nefas praetor ducebat, litem alteram consurgere ex litis primae materia. Quibus rationibus ductus jubebat judices, quos ipse de lite di-

judicanda informare solebat, ut ad certam pecuniae summam condemnationem redigerent, et si dolus rei probatus sit, ipsum actorem rem jurejurando laxare permitterent. Ita factum est, ut quod quis pecunia luere posset, haud amplius capite et existimatione luere periclitaretur; praeterea ne una eademque lis in plures divideretur. Id enim veterum fragmenta testantur. arg. l. 4. §. 3. D. de re judic. „ratio pecuniae exigendae haec fuit, quod voluerit praetor obligationes ex obligationibus fieri". — l. 3. C. de fruct. et lit. expens. „nefas est litem alteram consurgere ex litis primae materia". —

Postremo denique id notabo, non eorum tantum bona possessa esse, qui solvendo non erant, sed eorum quoque, qui, quamvis solvendo essent, attamen quod judicati aut confessi erant, solvere detrectabant. Hac enim domum deductione, bonorumque possessione et venditione contumacem quemque mox ad officium et obedientiam redactum iri sperabant. — Haec igitur possessio et venditio bonorum, et illa ad pecuniariam summam redacta condemnatio a praetore primum sunt introducta favoris causa, ne debitoris vitae bonisque creditoris ira et studium absoluta lex esset. Utraeque autem hac praetoris innovationes quam arcte inter se cohaereant, nemo ignorare potest. Ille enim supra descriptus bonorum vendendorum modus sine hac pecuniaria condemnatione ne intelligi quidem potest. Ego enim non video, quomodo bonorum emtor, qui e. g. unicuique creditorum venditoris in dimidium (50%) tenetur, illi satisfaciat, qui ex judicato hominem Stichum sibi debere venditorem intendit. Cui difficultati remedium adhibuit illa a praetore introducta pecuniaria condemnatio. —

Repetitis igitur breviter quaecunque de honoraria execcutione disserui, illud primum intelligitur, praetorem antiquo executionis juri ac consuetudini sese ac-

commodasse; praeterea vero haec nova constituisse: primum antiquam crudelitatem sustulit sanciendo, ne quis postea necaretur neve in servitutem detruderetur, neve addictus in gravioribus vinculis teneretur; sanciendo praeterea, ut omnis condemnatio pecuniaria esset. Haec ita de persona debitoris. Ejus autem bona, quae antea, domino necato aut in servitutem redacto, primo cuique occupanti cesserant, possideri, tum proscribi, postremo venire jussit, ita ut et ceteri ejusdem debitoris creditores concurrentes pro rata debiti solutionem acciperent. Idem jus et in contumaces debitores, etsi solvendo essent, obtinuit. Directa enim et in rem facta exsecutio a praetoris edicto pariter atque ab antiquo jure civili XII tabularum aliena. — Jam autem eo tractatum de manus injectione deduxi, ut nil aliud superesse videatur, quam ut comparem inter se illas legis paeteliae et has honorarias sanctiones. Quae comparatio luce clarius demonstrat, quaecunque in legis actione per manus injectionem lex paetelia immutavit, ex ipsius praetoris edicto esse sumta, ita ut negari nequeat, ex eodem fonte et illa effluxisse, quae in derogatorum locum successerunt i. e. bonorum possessio venditioque. Quod et Livii verbis: „bona debitoris non corpus obnoxium esset creditori" confirmatum videmus. — Illud autem manifestum est, legem paeteliam fictitium tantum mutuum, quod nexo fiebat, sustulisse, vero autem mutuo, quod fit pecunia adnumerata, nil detraxisse; quia id nec poterat. Unde sequitur, et post legem paeteliam ex mutuo obligatum manus injectionem, quamvis antiqua immanitate exutam, parti debuisse; in eum autem, qui stipulatione se obligasset, hanc legis actionem haud amplius obtinuisse. Quae tamen differentia verior quam gravior erat. In eo enim tantum constabat, quod qui mutuam pecuniam dederat, judicato solenniter et quasi ex propria auctoritate manum injecit, domumque deduxit;

qui vero a promittente stipulatus erat, omni verborum solennitate submota, non quasi ex propria auctoritate, sed praetoris jussu idem peregit. Quae differentia, quum procul dubio diu jam usu hominum contrario ex consuetudine esset expulsa, postremo et jure sublata est per leges illas, quae legis actiones antiquas sustulerunt. Ita a parvo initio haec praetoria executio simul cum reliquo honorario jure sensim sensimque in tantum crevit, ut sola nunc formularum tempore inveniretur. —

Quibus expositis illud nunc aggredi licet, quod consulto in hunc usque locum seposui, sc. ut antiquorum testimoniis probem, personalem executionem, quam lege XII tabularum sub forma legis actionis sancitam, postea autem a praetore, quamvis solenni illa forma nudatam, servatam tamen esse vidimus, eam et postea sub imperatoribus usque ad Justiniani tempora in usu semper fuisse. — E liberae reipublicae temporibus legis Galliae cisalpinae, quae huc pertinet, jam supra mentionem feci. Ex iisdem temporibus hausta sunt quae Livius lib. XXIII. c. 14. et Valerius Maximus lib. VII. c. 6. §. 1. narrant, sc. cannensem cladem (a. u. c. 536.) urbem tam vehementer confudisse, ut M. Junii dictatoris opera inter cetera saevitiae temporis convenientia praesidia „addictorum etiam et capitali crimine damnatorum VI millia conscriberentur." Livius autem hunc numerum eorum, „qui capitalem fraudem ausi, quique pecuniae judicati in vinculis essent", liberatum esse dicit. — C. Manlius in mandatis, quae per legatos suos ad Marcium Regem misit, ita scripsisse traditur a Sallustio in Catilina c. 33: „. . miseri, egentes, violentia atque crudelitate foeneratorum plerique patria, sed omnes fama atque fortunis expertes sumus; neque cuiquam nostrum licuit, more majorum lege uti, neque amisso patrimonio l i b e r u m c o r p u s h a b e r e: tanta saevitia foene-

ratorum atque praetoris fuit." Cicero pro Roscio Comoedo c. 14. Fannium a Flavio certam sestertiorum summam abstulisse ait. Tum quaerens, qua de causa abstulerit, primum: „addictus erat tibi?" interrogat. Idem Tullius de oratore libr. II. c. 63: „apud Naevium, ait, videtur esse misericors ille, qui judicatum duci videns, percontatur ita: „quanti addictus? mille nummorum." Idem in oratione pro Flacco c. 20: Heraclides, pro quo Hermippus sponsor dependerat, „quum judicatum non faceret, addictus Hermippo et ab eo ductus est." — Posteriorum temporum testimonia exstant apud Senecam de beneficiis libr. III. c. 8: „hic pecuniam pro addicto dependit"; apud Plinium epist. lib. III. 19., qui de colonis suis dicit: „nec ipse usquam vinctos habeo"; apud Gellium N. A. libr. XX. c. 1: „addici namque nunc et vinciri multos videmus, quia vinculorum poenam deterrimi homines contemnunt", apud Quinctilianum I. O. libr. VII. c. 3. Quinctilianus enim hoc loco, quem supra jam interpretati sumus, de addictorum statu ut de re nequaquam obsoleta, sed usu adhuc vigente disserit. — Postremo ne in pandectarum quidem libris ejusdem rei testimonia desunt. arg. l. 23. pr. quibus ex causis majores (Ulpian.): „ait praetor: inde vinculis esset, secumve agendi potestatem non faceret. Haec persona merito adjecta est; fieri enim poterat, ut quis in vinculis praesens esset, vel in publica vel in privata vincula ductus. Nam et eum, qui in vinculis est; si modo non sit in servitute, posse usu acquirere constat. Sed et is, qui in vinculis est, si defendatur, cessat restitutio." Hac lege et illud probatur, quod jam supra dixi, addictum nempe servire tantum, de jure autem servum non esse, ideoque legem habere, quam servus habere nequeat; servum enim usucapere non posse, indubitatum est. Accedit Paulli testimonium. R. S. V. 26. §. 2: „hac lege (sc. julia de vi)

excipiuntur, qui artem ludicram faciunt, judicati etiam et confessi, et qui ideo in carcerem duci jubentur, quod jus dicenti non obtemperaverint ...". Unde intelligitur, confessos quoque et judicatos in carcerem duci posse. Gajus libr. III. §. 199. et liberi hominis furtum fieri posse ait, „velut si quis judicatus meus subreptus fuerit." Imperatores denique idem illud jus ducendi debitoris creditoribus nequaquam denegant. Alexander enim imperator cessionis beneficium in eo esse constituit, „ne judicati detrahantur in carcerem." arg. l. 1. C. qui bonis; unde intelligitur, qui bonis non cesserit, eundem semper in carcerem duci potuisse. Justinianus denique bonorum cessionem fieri ait, „omni corporali cruciatu semoto." arg. l. 8. C. qui bonis; quae verba nil aliud indicant, quam cedentem haud amplius in vincula duci potuisse. Unde intelligitur, et Justiniani temporibus eandem illam personalem executionem in usu fuisse. Sed id tamen negari nequit, perpaucis tantum casibus eam posterioribus temporibus datam fuisse. Cujus mutationis tres potissimum causae fuisse videntur. Quarum et tempore et gravitate prima est cessio bonorum ex lege julia. Debitor enim, qui quolibet majoris impetus infortunio atque dispendio, ut fortasse naufragiis incendioque se afflictum docere potest, eoque detrusum, ut creditoribus satisfacere non posse confiteretur: huic lege illa potestas data est cedendorum bonorum, quae cessio non tantum in jure sed etiam extra jus fieri, et per nuntium etiam vel per epistolam declarari potest. arg. l. 1. C. theod. qui bon. ex leg. jul. l. 9. D. de cessione bonor. l. 6. C. qui bon. ced. poss. l. 2. C. theod. quibus bon. ex leg. jul. — Hujus autem cessionis bonorum beneficium, ut generaliter dicam, in eo erat, ut bona tantummodo debitoris, non et corpus ejus creditori obnoxium esset, quum antea praetor non bona tantum possideri, sed et ipsum debitorem duci jussisset. Ad-

dictione igitur sublata, bonorum cessionis eadem prorsus vis et eventus erat, quae et missionis a praetore datae. Bona enim, quibus debitor cesserat, creditorum fieri non videbantur. arg. l. 4. C. h. t. Ne possessio quidem ad illos translata, sed jus tantummodo proscribendi vendendique; quae proscriptio venditioque eodem porro modo iisdemque dierum spatiis interjectis procedebat, ut antea bonorum possessione a praetore data. Omne igitur cessionis bonorum beneficium in eo est, quod judicati in carcerem detrudi non possunt; arg. l. 1. C. h. t.; quod ignominia non notantur; arg. l. 1. C. ex quib. caus. inf. et quod, si quid postea acquisierint, in id tantum conveniuntur, quod facere possunt. arg. l. 4. pr. D. h. t. Id autem jam initio monui, illi tantum bonis cedere licuisse, qui non propria dilapidatione bonorum, sed majore quodam casu in hunc statum sit dejectus. — Haec autem omnia, quae de natura et conditionibus hujus cessionis exposui, me adducunt, ut per legem juliam judiciorum privatorum, ab Augusto latam, eam introductam esse arbitrer. Haec enim eadem lex, quum legis actiones sustulisset interque ipsas et manus injectionem, necesse habuisse videtur de ipsa exsecutione, qua in futurum uterentur victores, quaedam sancire, interque haec et illa fuisse, quae ad bonorum cessionem pertinent. —

Secunda autem innovatio ex praetoris jurisdictione venisse videtur. Praetor enim in quibusdam casibus, necessitate ipsius rei commotus, extra ordinem in rem ipsam, de qua agebatur, exsecutionem fieri passus est. Quod in tribus potissimum casibus permisisse arbitror. Primum enim ille, qui in bonorum possessionem missus a praetore, non admittebatur, per vim a praetoris officialibus induci poterat, quod tamen extra ordinem tantum fieri supra jam probavi. Idem deinde in interdictis admissum est. Quamvis enim melius et civilius praetorem facere, Ulpianus dicat, si ordinario jure in

eum, qui quid contra ipsius decretum fecerit, procedat, attamen extra ordinem et manu militari decretum suum exsequi praetoriae potestatis est. Accedit et tertius casus. Meminimus enim, a praetore primum introductum fuisse, ut omnis de quacunque re condemnatio pecuniaria conciperetur. Quod ne in fraudem actori verteret, permissum est ei, si quidem reus possideat rem vel dolo possidere desierit, jurejurando sine ulla taxatione, quanti ipsius intersit, eam se rem dolo adversarii non habere, aestimare. Quum tamen saepius eveniret, ut reus, contemto jurisjurandi periculo, judici rem ipsam restituere jubenti, non pareret: illi permissum est, manu militari possessionem ad actorem transferre. Hoc autem non nisi postulante actore ita fiebat, ipsius enim causa introductum est. Quam in rem exsecutionem non ibi tantum datam esse arbitror, ubi de exhibenda vel restituenda re agebatur; sed ubicunque formula arbitraria erat, quam omnibus bonae fidei actionibus accommodari potuisse, mihi quidem constat.

Praeter illam bonorum cessionem hancque directam in rem factam exsecutionem et pignoris capio sub imperatoribus demum introducta est. Quae ut plenius intelligatur, de legis actione per pignoris capionem prius pauca monenda sunt.

V. Legis actio per pignoris capionem.

Pignus enim capi poterat aut lege aut moribus. Ea autem actio in perpaucis tantum casibus dabatur, qui et ipsi ad publicum magis jus quam ad privatum spectabant. Dabatur enim primum militi propter aes militare aut equestre aut hordiarium; item publicanis vectigalium publicorum populi romani causa; postremo in sacris quibusdam causis, ubi reipublicae intererat, dapes et sacrificia fieri. Quos casus ideo potissimum enumeravi, quia ita extra omnem dubitationem ponitur, quod per totum hunc tractatum inde ab initio omnibus modis defendere studui, sc. alienam fuisse a rei-

publicae jure omnem in rem actam exsecutionem. Hanc enim pignoris capionem primum in juris publici tantum casibus usurpatam, sub imperatoribus demum ad jus privatum translatam esse, manifestum est. Hoc autem sensim sensimque in usum venit. Primum enim Labeo testis est apud Paulum in l. 9. §. 8. ad leg. jul. pecul., pecuniam, a privato fisco debitam, exigi posse „pignus capiendo, corpus retinendo, mulctam dicendo." Idem Scaevola testatur in l. 21 §. 1. qui potior. Ibi enim procurator, ob pensiones horreorum caesaris aliquot annis non solutas, exactioni propositus, ad lapidum venditionem officium suum extendit. Praeterea ubicunque extra ordinem cognoscebatur, ibi et pignoris capio, quae ipsa extraordinarii juris erat, concessa. Inde autem et ad reliquas ordinarii juris cognitiones translata. Ubicunque igitur quis judicatum facere post legitimum tempus elapsum detrectat, ibi pignus capi et duobus mensibus elapsis vendi potest. Capitur autem jussu magistratus per ejus officiales, et per eosdem postea distrahitur. Primo autem res mobiles et animalia pignori capi jubentur et distrahi; quodsi nulla moventia sint aut non sufficiant, a pignoribus soli fit initium. Quodsi nec quae soli sunt, sufficiant, vel nulla sint soli pignora, tunc pervenietur etiam ad jura. arg. l. 15. §. 2. D. de re judic. Haec autem pignoris capio in judicatum fit et in confessum, nec interest, quae principalis obligatio fuerit, sicut nec antea in manus injectione et in omni personali exsecutione interfuerat. arg. l. 31. D. de re judic. (Callistratus): „si qui — per contumaciam magis, quam quia non possint explicare pecuniam, differant solutionem, pignoribus captis compellendi sunt ad satisfaciendum ex forma, quam Cassio proconsuli divus Pius in haec verba rescripsit: his qui fatebuntur debere, aut ex re judicata necesse habebunt reddere, tempus ad solvendum detur, quod sufficere pro facul-

tate cujusque videbitur. Eorum, qui intra diem, vel ab initio datum vel ex ea causa postea prorogatum, sibi non reddiderint, pignora capiantur, eaque, si intra duos menses non solverint, vendantur; si quid ex pretiis supersit, reddatur ei, cujus pignora vendita erunt." Eadem aliis locis a Septimio Severo, Caracalla et Alexandro Severo rescripta invenimus. Haec autem pignoris capio nil aliud est, quam partiaria bonorum venditio, unde et originem traxisse videtur. Sicut enim a magistratu bona possideri et venire jubebantur: ita nunc pignora capi; et sicut antea bona illa post LX dies emptori addicebantur, ita nunc quoque post duos menses distrahi pignora jubebantur. —

Breviter igitur his omnibus, quae sub imperatoribus innovata vidimus, repetitis, manifestum fit, paucissimis tantum casibus debitores adhuc creditoribus addictos, et ab iis domum deductos esse. Ex lege enim julia hoc non nisi in dolosos debitores permissum erat; neque in hos id facere necesse erat. Poterant enim vim a praetore requirere, ubi res aliqua exhibenda vel restituenda erat; poterant et pignoribus captis contenti esse, praesertim quum ceterorum creditorum concursum hoc modo evitare possent. Praetor enim nondum, ut hodie fit, ex officio concursum aperire solebat; sed tum demum, si aliquis ex creditoribus bonorum possessionem postulaverat. Unde manifestum fit, quamvis liberum creditoribus arbitrium relictum fuerit, aut bonorum possessionem aut pignoris tantum capionem postulandi, neque hac de re ulla juris regula exstiterit: attamen usu et utilitate creditorum eo perventum esse, ut in eos debitores, qui solvendo non essent, bonorum possessio et venditio, in illos autem, qui non quia pecuniam explicare non possint sed ob contumaciam judicatum facere detrectant, pignoris capio distractioque postularetur et decerneretur. In indefensos autem numquam pignoris capio, sed bo-

orum possessio tantum dabatur. Neque tamen res sub imperatore Justiniano sese ita habebat, uti sub prioribus imperatoribus fuisse descripsi. — Abrogata enim et sublata interim regula illa, ex qua omnis condemnatio pecuniaria esse debebat, fieri non poterat, quin et in exsecutione plurima mutarentur. Primum igitur pignoris capio ad illos casus restringebatur, ubi ad pecuniariam summam condemnatio concepta erat; ubi vero ad ipsam rem, tum et in rem ipsam exsecutio dirigebatur, quod antea in arbitrariis formulis factum vidimus. Postremo, ubi quis contumax erat neque judicio se defendebat, ibi missio in bona a praetore decerni solebat, aut in omnia bona, aut in partem tantum eorum: in omnia, si quidem complures omnesve creditores debita exsolvi postulent, haecque debitoris bona excedant; in partem tantum eorum, si quidem unus tantum pluresve existant, quorum debita bonorum summam excedere non videantur. Neque enim tum ex officio judicis concursus aperiri solebat. — Bonorum autem venditio nunc longe aliter fiebat, quam priore tempore processisse vidimus. Haec autem, utpote quae longius a proposito meo recedant, nil curo. Ea enim tantum exponere conatus sum, quibus manifestum fiat, principia totius exsecutionis inde a tempore legis actionum usque ad Justinianum semper viguisse, quamvis solenni illa legis actionis forma postea nudata, aliisque exsequendi remediis inclusa et paene obruta fuerint. — Idem et ceteris legis actionibus evenisse, jam supra annotavi, bonae fidei actiones legis actioni per judicis postulationem, stricti juris autem actionem condictionis legis actioni vindicans. Hanc stricti juris actionem, quae sensu proprio condictio appellatur, infra ex professo tractabo. Priusquam autem id faciam, necesse est formularum, quae in legis actionum locum successerunt, originem, naturam partesque explanare.

Pars III.

DE FORMULIS.

Gajus de legis actionibus sublatis ita disserit: „istae omnes legis actiones paulatim in odium venerunt; namque ex nimia subtilitate veterum, qui tunc jura condiderunt, eo res perducta est, ut vel qui minimum errasset, litem perderet. Itaque per legem aebutiam et duas julias sublatae sunt istae legis actiones, effectumque est, ut per concepta verba, id est per formulas litigaremus. Tantum ex duabus causis permissum est interdum legis actionem facere: lege agere damni infecti, et si centumvirale judicium fuerit provocatum". — Ex superioribus autem intelligimus, Cviros de in rem actionibus cunctis judicasse, unde manifestum fit, personales tantum actiones ad formularum processum ex legis actionibus transiisse, praesertim postquam et de damno infecto per stipulationem praetoriam potius, quam per sacramentum agi solitum est. Ita perfecta est separatio duorum actionum generum, in rem sc. et in personam. Illae enim in rem per collegium Cvirum dijudicantur, sacramenti provocatione antea apud praetorem peracta. Quae vero in personam sunt, apud unum judicem disceptantur per formulam a praetore impetratam. Utrumque autem, formula sc. et unus judex, tam arcte inter se cohaerent, ut intelligi prorsus nequeat, quomodo per formulam litigari possit apud Cviros, qui formularum angustissimis cancellis nequaquam assueti, ex aequitate potius, quam ex stricto jure dijudicabant, saepius etiam propria ex auctoritate novum jus constituebant. Quod idem liberum arbitrium et ipsi vindicationis naturae melius convenit. Multifaria enim debet esse in dominii quaestione judicantis inquisitio. Multo simplicior vero illa quaestio: num Ns. Ns. Ao. Ao. X dare debeat? Singulas enim obligationes singulae cau-

sae sequuntur; una autem petitione omnes causae comprehenduntur. Singulas autem causas et formulis melius includi, et ab uno judice melius dijudicari posse, manifestum est. Ubi vero liberum arbitrium necessarium est, ibi et commodius et tutius est, in majus judicantium collegium rem deduci. Postea vero, tempore procedente, eo res perducta est, ut de iis tantum rebus per sacramentum apud Cviros ageretur, in quibus de testamentorum ratorum aut ruptorum jure quaerebatur; reliqua vero, eaque longe maxima pars actionum in rem ab uno judice dijudicaretur, primum quidem per sponsionem illam praejudicialem, deinde vero per formulam directam, quae petitoria vocata est. Quod illa, quae supra dixi, non modo non impugnat, sed confirmat potius. Formulae enim, nisi mutata prius dominii quaestione, et in pecuniariam actionem, transformata, vindicationi accommodari non posse videbantur. Quum autem postea, vigente jam petitoria illa directa formula, nulla amplius talis fictionis vestigia existerent, is tamen personalium actionum mos et in vindicationibus semper observabatur, ut pecuniariae condemnationi semper includerentur, prius tamen arbitrio judici dato de re ipsa restituenda. Diversissima autem et nunc, omni alia differentia sublata, vindicationis et condictionis (constat enim in rem actiones vindicationes, in personam vero condictiones appellari) formula et praesertim intentio, in qua omnis totius formulae vis contracta videtur. Si enim in rem agamus, ita intendimus: „si paret hominem ex jure Quiritium Ai. Ai. esse"; si vero in personam, ita: „si paret Nm. Nm. Ao. Ao. X dare oportere", vel ita: „quidquid paret Nm. Nm. Ao. Ao. dare facere oportere". Sic itaque discretis formulis, necesse videtur, unde ipsae originem trahant, accuratius illustrare. E re autem erit, a vindicationis formula incipere, quamvis tempore sit posterior. — E Gajo didicimus, qui-

cunque in jure apud praetorem rem vindicabat, eum festucam tenentem ita dixisse: „hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse ajo secundum suam causam sicut dixi e. cet.". Cujus formulae initium illi vindicationis intentioni ita congruit, ut illam intentionem ex hae formula effluxisse nemo sanus dubitare possit. Similiter et condictionis intentio ex formula sacramenti actionis in personam originem traxisse videtur. Haec enim talis erat: „ajo te mihi X dare oportere", In hac autem similitudine quanta dissimilitudo sit, quantumque, ut ita dicam, intervallum inter illam legis actionem haneque formulam intercedat, neminem fugit. Cujus summa in eo est, quod antiqui juris formula apud praetorem, ipsoque velut imperante dicebatur, intentio autem ideo potissimum concipiebatur, ut de actoris desiderio judicem praetor informaret. Illa igitur a partibus dicta inter ipsos litigantes sese continet; haec vero juris angustissimos terminos egreditur, judicisque postea in ipsa lite investiganda et dijudicanda summa lex est. Unde ea oritur quaestio, quae conjunctio fuerit inter jus judiciumque legis actionum tempore, quodque tunc formulae vicibus functum sit? Quod ego ita mihi effingo. Peractis in jure omnibus, quae supra descripsi, litigantes litem contestari solebant, „Contestari, Festus s. v. ait, est cum uterque reus dicit: testes estote. Contestari litem dicuntur duo pluresve adversarii, quod ordinato judicio utraque pars dicere solet: testes estote". Postea autem, quum ad judicem venerant, antequam apud eum causam perorarent, solebant breviter ei et quasi per indicem rem exponere, quae dicebatur causae conjectio, quasi causae suae in breve coactio. Judex enim neque quum legis actio peragebatur, neque post triginta dies, quum ad judicem accipiendum in jus revertebantur, aderat; neque praetor, quum ipsum daret addiceretve, eum de ipsa lite accuratius edocere

solebat. Unde manifestum fit, litigantium partes fuisse, judici dato addictove causam accuratius exponere, eumque de re ipsa informare, quod ipsum per causae conjectionem factum esse dubitari nequit. Qua in conjectione ita versatos fuisse litigantes arbitror, ut se illis in jure dictis formulis, in quantum fieri posset, accommodarent; velut verbi gratia in vindicatione ita dicerent: „illum! hominem meum esse dixi secundum suam causam" vel in condictione: „illum aut illum X mihi dare oportere dixi". Postea autem ipsam legis actionem, qua experti erant, nominabant, unde statim, cujus generis lis in judicium esset deducta, intelligebatur. Si vero in ipsa litis expositione controversia erat oriunda de iis, quae acta quaeque invicem in jure concessa essent, tunc testes illi consulebantur, qui ad id potissimum fuerant adhibiti. Haec talis juris judiciique conjunctio, quum per se verisimillima, tum et illis potissimum confirmatur, quae de interdictis actionibusque ex iis oriundis comperta habemus. Quae talia sunt. Interdicto a praetore reddito, res nequaquam peracta videbatur, sed liberum erat ei, qui injuste decretum esse querebatur, aut arbitrum petere et ita sine periculo rem ad exitum perducere, aut sponsione adversarium provocare, itaque cum periculo peragere. Et quidem ex restitutoriis vel exhibitoriis interdictis modo per sponsionem, modo per formulam agitur, quae arbitraria vocatur; ex prohibitoriis autem semper per sponsionem agi solet. Quae sponsio una est utriusque litigatoris; invicem enim sese ita provocant: „quae adversus edictum praetoris interdicentis nobis facta essent, invicem ni ambobus restituantur." Deinde vero a praetore judex datur, qui illud requirit, quod praetor interdicto complexus est, velut exempli gratia, uter eorum eum fundum easve aedes per id tempus, quo interdictum redditur, nec vi nec clam nec precario possideat. Hi

profecto extra omnem dubitationem positum est, nullam praetorem formulam edidisse judicis informandi causa, sed litigantes judici inter ipsos constituto breviter quae apud praetorem gesta essent, i. e. quod interdictum redditum, quaeque sponsio facta, quasi per indicem exposuisse, et hac in re ita versatos fuisse, ut interdicti atque sponsionis et restipulationis formulas verbotenus repeterent. Hoc enim mihi verba Gaji libr. IV. §. 141. indicare videntur. Ait enim: „interdicto reddito ad judicem recuperatoresve itur, et tunc ibi editis formulis quaeritur, an aliquid adversus praetoris edictum factum sit, vel an factum non sit, quod is fieri jusserit". Hic igitur prohibitorii interdicti ordo atque exitus idem prorsus esse videtur, eademque juris et judicii inter se conjunctio, quam legis actionum tempore generalem et semper observatam esse dixi. Neque periculosum mihi videtur, ex hujus interdicti ordine legis actionum regulam sumere, quum prohibitorium praesertim interdictum omnimodo se sacramenti actioni accommodet. Sicut enim sacramentum ipsum praejudiciale erat simulque poenale: ita et sponsio in interdicti actione usitata. Judex enim, apud quem de ea re agitur, illum, secundum quem judicatum est, sponsionis et restipulationis, quae cum eo factae sunt, absolvit, et convenienter adversarium sponsionis et restipulationis summas condemnat. Neque, ut in ceteris interdictis, ita hic quoque arbiter postulari potest, sed semper per sponsionem agatur necesse est. — E re etiam erit, hanc in interdictis usitatam sponsionem cum ceteris sponsionibus, quae ex sacramento oriundae sunt, conferre. Illa enim sponsio, per quam in rem agebatur, praejudicialis erat, et ideo tantum proposita, ut per eam de re judicaretur; neque enim ipsius sponsionis summam victor ab adversario consequi poterat. Contra illa sponsio, quae fiebat, quum de certa pecunia agebatur, poenalis tantum erat,

neque praejudicialis; primum enim ipsa re dijudicata, et de sponsione judicium latum videbatur. Inde igitur apparet, illam in interdictis usitatam sponsionem proxime ad antiquum sacramentum accedere; quo et illud nos rejicit, quod unam tantum sponsionis et restipulationis formulam utrique litigatori propositam invenimus, sicut et in sacramenti actione eadem verba ab utroque pronuntiata fuisse, ex superioribus meminimus. Haec autem sponsio, quo tempore cunque litigatoribus placet, fieri potest. Ille autem, qui reddito interdicto restitutorio vel exhibitorio, arbitrum petere volet, observare debet, ut ita eum petat, antequam a praetore discedat: sero enim petentibus non indulgebitur. Hujus autem differentiae eandem illam rationem esse puto, quod formula illa arbitraria ab ipso praetore concipi debebat informandi judicis gratia; sponsio autem, quamvis coram praetore, attamen sine ejus auxilio, inter partes tantum fiebat. —

Sit igitur illud nobis probatum, antiquo legis actionum tempore judicem de iis, quae in jure apud praetorem gesta essent, per litigatores eorumque causae conjectionem potius, quam per praetorem ejusque formulam informatum fuisse. Haec vero cum solenni legis actione tam arcte cohaerere videntur, uti simul cum legis actionibus in desuetudinem abiisse manifestum sit. Legis actiones autem tum demum per legem aebutiam et duas julias sublatas esse persuasum habeo, quum jam ex usu hominum paene evanuissent. Quam rem paucis illustrabo.

Illud enim jam ex superioribus intelligitur, cives tantummodo inter se per legis actiones litigare potuisse et in judiciis legitimis; peregrinis autem propria judicia, imperio suo continentia, praetorem, ab iis aditum, constituisse. Quum autem hi litigatores saepius ex sui populi jure, saepius vero et ex jure civili romano litem dijudicari vellent, omnino necesse erat, ut

praetor ipse non solum de facto sed et de jure judicem ab ipso datum edoceret. Inde duae pariter res originem traxerunt, et formularum usus et, ubi proponerentur, edictum praetoris. Praetori enim initio magistratus, quibus casibus judicem daret, et quo ex jure eum litem dijudicare juberet, publice praeponere solebat. Neque formam tantum mutavit, sed et jus ipsum, multis ex jure gentium accitis, peregrinorum potissimum gratia, quibus primum formulas edidisse apparet. Mox autem et cives hoc simplicius et commodius jus illi legis actionum subtilitati praeferentes, praetorem de formula impetranda adibant, quo factum est, ut omnibus ex antiquo jure civili dependentibus actionibus praetor identidem formulas accommodaret, quae ideo in jus conceptae nominatae sunt. Quas enim ipse ex sua potestate proponebat, nullo jure civili adjutus, hae in factum tantum concipi poterant; in his enim praetor, facto quodam adductus, actionem proponebat; in illis vero, jure ipso munitus. Quia autem hoc jus civile civibus tantum constitutum erat, evenit, ut et ipsis his formulis, quae in jus intentionem habebant, peregrini illique, quos jus civile prohibebat, velut liberi in potestate, uti non possent. Quo adductus praetor his ipsis in factum conceptas formulas adjunxit, ita ut plurimae actiones duas formulas, et in factum et in jus conceptas habere invenirentur. Ita depositi et commodati et in jus et in factum conceptas actiones praetorem proposuisse, Gajus testis est (lib. IV, §. 47.). Illa enim formula, quae ita concepta est: „judex esto. Quod As. As. apud Nm. Nm. mensam argenteam deposuit, q. d. r. a., quidquid ob eam rem Ns. Ns. Ao. Ao. dare facere oportet ex fide bona ejus, id judex Nm. Nm. Ao. Ao. condemnato; si non paret, absolvito", in jus concepta est. At illa formula, quae ita concepta est: „judex esto. Si paret Am. Am. apud Nm. Nm. mensam argenteam

deposuisse, eamque dolo malo Nii. Nii. Ao. Ao. redditam non esse; quanti ea res erit, tantam pecuniam Nm. Nm. Ao. Ao. condemnato; si non paret, absolvito" in factum concepta est. Similes etiam commodati formulae sunt. His autem formulis id confirmatur, quod de natura et discrimine in factum et in jus intentionum praemisi. Illae enim formulae in jus conceptae sunt, in quibus de jure quaeritur, quales sunt, quibus intendimus, nostrum esse aliquid ex jure Quiritium, aut nobis dare oportere aut pro fure damnum decidere oportere. In factum vero conceptarum formularum potio negativo modo exprimitur. Sunt enim illae, in quibus nulla talis intentionis conceptio est, sed initio formulae nominato eo, quod factum est, adjiciuntur ea verba, per quae judici damnandi absolvendive potestas permittitur". —

Jam rem eo deduxi, ut unde exorsus sum, eo nunc revertar. Supra enim id notavi, simillimas esse sacramenti formulas intentionesque vindicationis et condictionis. Nunc vero id manifestum est, omnibus juris civilis actionibus praetorem juris civilis actiones accommodasse. Unde sequitur, in conceptione harum formularum ita versatum esse praetorem, ut ipsarum legis actionum formulis, quantum posset, uteretur; mutatis illis, quae legis actionis natura atque solennitas specialiter sibi requirere videbantur. In his autem illud potissimum duco, quod legis actio, quamvis coram praetore, attamen ita peragebatur, ut sine ejus interpositione directis verbis sese litigatores invicem alloquerentur, hasque easdem formulas postea, quum ad judicem venerant, repeterent. Ubi vero non legis actione, sed per formulam litigabatur, ibi litigatores nequaquam ultro et quasi ex propria auctoritate sibi invicem certas solennesque formulas edebant; sed a praetore, cujus imperio totum judicium continebatur, certas formulas impetrabant; quae quamvis ad illarum

verba conceptae, in eo tamen valde dissimiles erant, quod non ut antea reus reum, sed praetor judicem directis verbis alloqueretur. Quod formularum origini optime convenire videtur, quippe quae, sicut ipsa judicia, in quibus primum usurpabantur, imperio praetoris contineri videntur, ita ut nulla propria auctoritas sicut in legitimis judiciis litigatoribus, relinqueretur. —

Quum autem jam eo perventum esset, ut hae legis actiones ab honorariis formulis paene obtuerentur, tum demum per legem aebutiam et duas julias penitus sublatae sunt, duobus tantum illis casibus exceptis. —

Hoc loco e re erit, pauca ex superioribus huc transferre. Meminimus enim, legis actiones ex duabus partibus consistere; continent enim et ipsam actionem, i. e. jus judicio persequendi, et modum agendi solennem. Sublatis autem legis actionibus, quaeritur, utra ex partibus illis sit sublata, num prima, an secunda, an denique utraque? Quae quaestio secundum ea, quae supra dixi, difficultatem haud amplius movere potest. Vidimus enim omnibus ex jure civili descendentibus actionibus praetorem proprias formulas accommodasse, easque juris civilis intentiones habuisse, ex propriis solennibusque antiquarum formularum verbis sumtas. Unde intelligitur, modum tantum illum solennem abolitum esse. Formalia ergo interiere, essentialia vero servata sunt, et in formularum intentiones translata. Neque ullum solennis illius legis actionis vestigium, nulla fictio remansit, quum contra naturalem simul et civilem rationem sit, modorum illorum, quos ob nimiam subtilitatem leges sustulerunt, fictione memoriam retinere. His autem Gajus ipse adversari videtur. Loquitur enim in comm. IV, §. 10. ita: „quaedam sunt actiones, quae ad legis actionem exprimuntur, quaedam quae sua vi ac potestate constant“. Primum quidem luce clarius est, his verbis

nequaquam omnium actionum divisionem a Gajo proponi. Poterat enim adjicere: „quaedam, quas per legis actionem persequimur"; seu in rem actiones, quas Gaji temporibus in Centumvirale judicium deductas esse vidimus. Consulto autem has neglexit, quum de personalibus tantum actionibus disserat, quibus solis primum formulas accommodatas esse, quasque ob hanc ipsam causam solas primum actiones appellatas esse et ex superioribus et ex locis quibusdam antiquorum juris consultorum compertum habemus. arg. l. 28. D. de O. et A. (Papinianus): „actio in personam infertur, petitio in rem, persecutio in rem vel in personam rei persequendae gratia". Item Ulpianus in l. 178. §. 2. de V. S.: „actionis verbum et speciale est et generale; nam omnis actio dicitur, sive in personam sive in rem sit petitio. Sed plerumque actiones personales solemus dicere, petitionis autem verbo in rem actiones significari videntur." . Illa igitur Gaji verba indicant, esse quasdam actiones, quae ad legis actionem exprimantur, i. e. in quibus legis actionum fictio exprimitur. Quae quamvis meae sententiae adversari videantur, tamen omnia sese recte habere arbitror. Probaturum enim me spero, illius tantum legis actionis, quae per pignoris capionem fit, fictionem esse conceptam. Hanc autem actionem multos e numero legis actionum ejecisse constat, primum quod pignoris capio extra jus peragebatur, i. e. non apud praetorem, plerumque etiam absente adversario; deinde vero quia et nefasto die, i. e. quo non licebat lege agere, pignus capi poterat. Supersedendum profecto esset illa probatione, nisi Gaji locus, ubi de actionibus, quae ad legis actionem exprimuntur, disserere incipit, deperditus esset. In iis vero quae exstant, legitur: „in ea forma, quae publicano proponitur, talis fictio est, ut quanta pecunia olim, si pignus captum esset, id pignus is, a quo captum erat, luere deberet, tantam pe-

cuniam condemnetur." Ejusdem naturae formulas et in aliis causis datas esse puto, ubi antea pignus capi poterat; sed in his tantum, neque in ullo alio casu. Nam, ut eundem ordinem sequar, quem supra in descriptione legis actionum secutus sum, sacramenti actionem nullam talem fictionem progenuisse, inde apparet, quod in rem et postea semper sacramento agebatur, in personam vero actiones omnes vel per condictionem vel per judicis postulationem disceptabantur, ita ut nullum penitus spatium sacramento relinqueretur. Ad condictionis fictionem nullam formulam expressam esse, Gajus libr. IV. §. 33. testis est: sive enim pecuniam, ait, sive rem aliquam certam debitam nobis petamus, eam ipsam dari nobis oportere intendimus, nullam adhibemus condictionis fictionem." Quae verba, et praesertim illud „ipsam rem", naturalem commentarium in illo fictionis ad pignoris capionem exemplo inveniunt. In tali enim fictione re vera non rem ipsam directis verbis peti manifestum est; sed interposita fictione et quasi per intermedium. — Idem esse et in legis actione per judicis postulationem, idem Gajus l. c. testatur: „ejusdem naturae sunt actiones commodati, fiduciae, negotiorum gestorum et aliae juris civilis innumerabiles. His enim actionibus quicunque uti volebat, judicem postulabat. — Restat legis actio per manus injectionem. Haec exsecutionis forma erat; sublatis autem legis actionibus nullam fictionem ad hanc legis actionem expressam esse, ex superioribus liquet. Quin immo ne ulla quidem formula inde effluxit; sed quae antea per actorem velut ex propria auctoritate peracta erant, haec nunc eadem jussu praetoris fiebant, idque sine solenni illa forma. Hic ergo idem animadvertere licet, quod supra in formulis annotavi, id sc. quod ea, quae legis actionum tempore auctoritate potius partium peracta videmus, eadem nunc praetoris potius imperio contineri. — Inde igitur ma-

nifestum est, solam legis actionem per pignoris capionem fictionem postea invenisse; cujus rei hanc rationem esse puto, quod haec legis actio non ut reliquae et modum agendi et jus ipsum continebat, sed jus tantum, quia, si certa verba exceperis, sine ulla solennitate pignus capi poterat. Dum igitur in illis modus tantum sublatus, in hac legis actione, ubi nullus paene modus inveniebatur, actio ipsa, i. e. jus deletum videbatur. Ne tamen singulare hoc jus pignoris capionis in totum interiret, postea formulae quaedam ad hujus actionis fictionem conceptae sunt, in quibus omne jus actoris ex fictione descendere videbatur.

Formula autem ipsa, cui haec fictio inclusa, non propria quaedam est, ex certis illis pignoris capionis verbis formula, sed ad ceterarum formularum analogiam expressa. Quae res occasionem nobis suppeditat et aliud quoddam attingendi. Initio enim hujus tertiae partis formulas vindicationis et condictionis ex sacramenti actione mutatis mutandis translatas fuisse demonstravi. Inde ea oritur quaestio, quae formulae ex actionibus per judicis postulationem et per condictionem sint formatae, per quas omnes in personam actiones disceptatas fuisse vidimus. His autem nullum spatium relictum videtur, quum utramque formulam, per quam et in rem et in personam ageretur, jam ex sacramenti actione descendisse sciamus. Cui difficultati enodatio accedit ex illis, quae supra de origine actionum per sacramentum et per condictionem disserui. Vidimus enim, has duas actiones successisse in locum sacramenti actionis in personam, unde intelligitur, easdem formulas, quas jam in sacramenti actione invenimus, quaeque non illius actionis solennitati specialiter adscribendae, sed potius jus ipsum exprimere videntur, postea ad duas illas legis actiones translatas esse, in quibus modum tantummodo, non ipsum jus agendi mutatum esse liquet. Sublatis ergo his actioni-

bus, nullae propriae harum formulae remanere videbantur; nam et illa verba solennia, per quae bona fides judicis implorabatur, quaeque varia fuisse, supra exposui, postea haud amplius in usu fuisse videntur. Praetor enim, neglecta priore verborum diversitate inde oriunda, quod ipsi litigatores propria potius auctoritate, quam praetoris jussu inter sese agebant, et unumquodque illorum arbitriorum propriam originem, nec omnia unam eandemque habebant: formulis, quas, legis actionibus sublatis, arbitriis illis accommodavit, eadem verba: „ex fide bona" inseruit, edocendi judicis causa, ut ex fide bona potius, quam ex stricto jure judicaret. —

Sed ut revertar unde egressus sum, jam manifestum est, in concipiendis formulis praetorem imitandam sibi sumpisse actionem sacramenti, hasque ipsas formulas postea diversissimis rebus juribusque accommodasse, interque ea et fictionibus, quibus singulare pignoris capiendi jus interitu eripere studuit. Haec enim fictionum vis atque natura est, ut quaecunque nova introducuntur, ad antiquiora jamque nota juris instituta referantur. Hoc genus est. Species autem duae. Nam quod novum constituitur antiquiori aut ita alligatur, ut posterius in prioris locum succedat, idque ipsum sublatum videatur; aut ita, ut ambo simul vigeant, novumque ex vita potius quam ex interitu prioris vires sumere videatur. Primae illius speciei exemplum proponere haud amplius necesse est, quum ipsius fictionis, quae ad pignoris capionem exprimitur, talem naturam esse neminem fugiat. Alterius vero Gajus ipse plurima nobis exempla indicat. Exposita enim illa formula, quae publicano proposita est, in qua pignoris capionis fictionem inesse ostendi, tunc ad illam alteram fictionis speciem transitum facit his verbis (libr. IV. §. 34): „habemus adhuc a l t e r i u s generis fictiones in quibusdam formulis"; tumque insequun-

tur exempla quaedam, veluti publiciana actio, in qua rem usucepisse actor fingitur; aut illa qua civitas romana peregrino fingitur, quem casum jam supra illustravi. Sic igitur discretis fictionum generibus, manifestum est, consulto Gajum dixisse: „alterius generis", ut ita duo tantum fictionum genera esse indicet. —

Nunc igitur illud probatum est, omnes actiones, quae per judicis postulationem aut per condictionem peragebantur, tales postea formulas accepisse, quae, quum nulla eis insit legis actionis fictio, „sua vi ac potestate" constare dicuntur; arg. Gaj. lib. IV. §§. 10 et 33. Quod quomodo sit intelligendum, nunc ignorari nequit. Non enim ita interpretandum est, quasi hae formulae nullo modo cum legis actionum formulis cohaereant, ex quibus ipsas formatas translatasque scimus; sed id tantum inde sequitur, quod jam attigi, sc. nulla fictione adhibita, rem vel pecuniam ipsam dari oportere, directis verbis intendi, quod Gaj. libr. IV. §. 33. expressis verbis testatur. Simul ergo intelligitur, has formulas, quae sua vi ac potestate constant, arctissime cum sua legis actione cohaerere, proximeque ad eam accedere; quod profecto eo verius est, quanto simplicior ipse legis actionis modus atque solennitas. Jam vero simplicissima eadem, quam et novissimam esse probavi, sc. condictio; ita ut neminem mirum habere possit, quod, sublatis legis actionibus, quamvis nulla amplius denuntiatio facta sit, condictionis tamen nomen remansit, illisque actionibus inditum est, quarum nomine antiquo tempore condictionem facere licebat. Unde illud simul intelligitur, unam tantum condictionem esse, quamvis infinitus ejus usus. Qui autem multas esse condictiones dicunt, et de condictionibus pluraliter formato vocabulo loqui non desinunt, illud non animadvertunt, quasdam species in genera sese retulisse. Genus enim est condictio. Con-

dicit. quicunque certam pecuniam certamve rem dare oportere intendit. Actionis autem species tantum est condictio, quum actionis nomen generale sit et omnes omnino in personam actiones comprehendat, condictio vero illas tantum, quae stricti juris sunt. His stricti juris opponuntur aliae, quae bonae fidei esse dicuntur. Hae eaedem sunt, quas Cicero arbitria vocat, quasque judicis postulationi originem dedisse demonstravi. Unde autem bonae fidei actiones appellatae sint, nemini dubium esse potest, quum earum actionum formulis eadem semper verba: „ex fide bona", explosa vetere solennium verborum varietate, addita esse pro certo sciamus. conf. Cicero de offic. lib. III. c. 17. topica c. 16. — Nec rationem deesse puto, quare bonae fidei actiones potius, quam antiqua illa appellatione arbitria nominata sint. Arbitria enim ab arbitro dicta sunt, quem litigatores a praetore petebant, ut de lite inter ipsos dijudicaret ex boni viri arbitratu, his verbis: „judicem arbitrumve postulo uti des." Inde originem cepit propria illa legis actio per judicis postulationem, quae ergo non ex lege, sed ex consuetudine venit. Legis actionibus autem sublatis et arbitri postulatio in desuetudinem abiit, et in ejus locum successit, sicut et in ceteris legis actionibus, formula, qua praetor a se datum addictumve judicem de litis substantia ipsiusque officio informabat. Quae mutatio effecit, ut et nomen mutaretur. Ex arbitriis bonae fidei actiones factae sunt. Legis actionum enim tempore arbiter postulabatur; sublatis contra, per formulam judex informabatur, ut bonae fidei rationem haberet. Neque statim tamen antiquum nomen deletum penitus esse, multa quae passim et in digestorum libris occurrunt, exempla testantur. Harum autem actionum intentio ita concipitur: „quidquid dare facere oportet," quia non ut in condictione certum quoddam petitur, sed id quod alterum alteri ex fide bona prae-

stare oporteat. Postea vero et has bonae fidei actiones appellatas esse, ita ut condictionum nomine omnes omnino in personam actiones, quibus dari fierive aliquid intendimus oportere, contineantur, et Gajus libr. IV. §. 5. et Justinianus §. 15. I. IV. 6. et Theophilus paraphr. ad h. l. testantur. Condictionis enim actiones ex lege descendebant, arbitria autem ex usu tantum et auctoritate partium. Quae differentia legis actionibus sublatis ex conspectu abiit et a hominum memoria effluxit. Utrumque enim actionum genus inde a tempore iisdem vel similibus certe formulis inclusum est, illa sola differentia relicta, quod condictiones certam, bonae fidei autem actiones incertam intentionem habebant. Quae utraque, originem sc. formulaeque naturam, si perpendas, profecto nil tibi mirum in hac re remanebit, praesertim quum et in rem actiones uno nomine vindicationes appellarentur, neque, actionum appellatione jam et ad vindicationem translata, ulla in personam actionum communis denominatio remaneret. —

Adhuc autem ex pluribus formularum partibus intentionem tantum cognovimus, in qua actoris desiderium expressum omnisque totius formulae vis contracta videtur. Ideo in hac formulae parte ingenium atque naturam actionum earumque divisionem dignoscas. Inde ergo et veteres juris consulti definitionem descriptionemque singulorum generum sumunt. Ita Gajus: „in personam actio est, ait, quum intendimus dare facere praestare" (lib. IV. §. 2.). „In rem actio est, quum aut corporalem rem intendimus nostram esse, aut jus aliquod nobis competere" (lib. IV. §. 5). Quare operae pretium erit, pauca addere de intentionis natura ac conceptione, ac simul de reliquis formulae partibus. —

„Partes autem formularum hae sunt: demonstratio, intentio, adjudicatio, condemnatio."

I. Demonstratio „est ea pars formulae, quae praecipue illic inscribitur, ut demonstretur res, de qua agitur, velut haec pars formulae: quod As. As. No. No. hominem vendidit. Item haec: „quod As. As. apud Nm. Nm. hominem deposuit.” Demonstrationem haud sequi solet designatio „qua de re agitur.” Conf. Gaj. libr. IV. §. 47. Cic. pro Murena. c. 12. — Quaeritur autem, quae formula legis actionum tempore huic demonstrationi responderit. Arbitror, nullam propriam formulam tunc ad id propositam fuisse, ut res, de qua ageretur, certis solemnibusque verbis demonstraretur. In vindicatione enim res ipsa vel pars quaedam in jus adferebatur, praeterea libera oratione actor litis materiam exposuit, tumque in solenni actione ad expositionem illam breviter sese retulit his verbis: „sicut dixi”; arg. Gaj. libr. IV. §. 16. Haec igitur expositio, quamvis apud praetorem in jure facta fuerit, tamen, quum nullis certis verbis inclusa esset, nequaquam ipsius legis actionis pars erat. Unde factum est, ut et postea formularum tempore diceretur, falsa demonstratione rem non perimi, i. e. si in demonstratione plus aut minus positum sit, quia nil in judicium deducitur, rem in integro manere; arg. Gaj. libr. IV. §. 58. Actiones in rem autem nullam demonstrationem habuisse videntur, quod ad id sine dubio referendum erit, quod et in antiquis vindicationibus res ipsa in jus adferebatur, itaque longiore expositione opus non erat.

II. Intentio „est ea pars formulae, qua actor desiderium suum concludit; velut haec pars formulae est: si paret Nm. Nm. Ao. Ao. X M. dare oportere. Item haec: quidquid paret Nm. Nm. Ao. Ao. dare facere oportere. Item haec: si paret hominem ex jure Quiritium Ai. Aii. esse.” Haec tertia intentio actionis in rem est; priores autem actionis in personam aut stricti juris aut bonae fidei. Omnes autem in jus con-

ceptae sunt, in quibus de jure quaeritur. In factum conceptae intentionis nullum exemplum proponitur, sicut et ipsa intentionis definitio juris civilis tantum actionibus accommodata videtur. Ille enim, qui initio formulae id nominat, quod factum est, velut: „si paret illum patronum ab illo liberto contra edictum illius praetoris in jus vocatum esse", — nullum profecto desiderium proprie exprimere videtur. Consulto vero, non ex negligentia Gajus mihi ita fecisse videtur. Quae enim in factum intenduntur actiones, a juris civilis disciplina longissime recedunt, neque actionibus in rem neque iis in personam adnumerari possunt, quia, qui factum tantum nominat, neque alium sibi dare facere oportere, neque rem aliquam suam esse affirmat. Qua ratione ductus Gajus separatim de in factum conceptis formulis agit (libr. IV, §. 45.). Istae enim actiones, sicut supra vidimus, honorariae originis sunt, neque juri civili ullo modo adnumerantur. Praetor autem has ex sua jurisdictione descendentes actiones iisdem formulis inclusit, quas et juris civilis actionibus accommodavit, easdemque in illis regulas observari jussit, quibus et illae in jus conceptae formulae regebantur. Cujus maximum testimonium id esse arbitror, quod et in hac facti intentione qui plus petit, causa cadit. Si quis igitur in factum concepta intentione se plures res deposuisse dicat, quam re vera deposuit, quia plus petiit, litem perdat necesse est. Si vero in jus concepta intentione depositi agat, et in demonstratione plures res designaverit quam deposuit, nil perdit, quia falsa demonstratione rem non perimi notum est. Talem vero demonstrationem in factum concepta formula nullam exhibet; sed in ea sine demonstratione ipsa intentione res, de qua agitur, designatur his verbis: „si paret illam apud illum deposuisse". Neque profecto aliter fieri poterat. Ubi enim juris intentio infertur, ibi ab ea separari potest demonstratio

et designatio ipsius rei, de qua agitur, utpote quae facti sunt. Ubi vero ipsa jam intentio in facto versatur, ibi superfluum est, demonstrationem praemittere, cujus natura ea est, ut qua de re agatur, demonstretur. Illa vero, quae de plus petitione in formulis, quae in factum, et in illis, quae in jus habent intentionem, exposui, a quibusdam jurisconsultis nequaquam ita accepta fuisse. Gajus libr. IV, §. 60. notat. Apud quosdam enim scriptum se invenire narrat, in actione depositi et denique in ceteris omnibus, quibus damnatus unusquisque ignominia notatur, eum, qui plus quam oporteret demonstraverit, litem perdere: velut si quis una re deposita duas res deposuisse demonstraverit, aut si is, cui pugna mala percussa est, in actione injuriarum esse aliam partem corporis percussam sibi, demonstraverit. Gajus ad haec, discerni debere, ait, quum duae sint actiones depositi, una in jus, altera in factum concepta, qua actione usus sit actor, et tum dubitari non oportere, „quin, si quis in formula, quae in factum composita est, plures res designaverit quam deposuerit, litem perdat, quia in intentione plus posuit quam oportebat". Quae verba plenissime confirmant, quae demonstranda mihi proposui, sc. et in hac in factum intentione pluris petitione rem perimi. — Illud autem, quod jam supra monui, quodque ex ipsa origine intentionis nobis descendere visum est, illud nempe, quod in ipsa intentione omnis totius formulae vis in unum contracta videtur, eo potissimum confirmatur, quod id tantum in judicium deductum et consumtum videtur, quod in intentione positum est, qua de processuali, ut vocant, consumptione nunc longius disserere, quia gravissima res est, neque spatium neque otium suppeditat. Transeo igitur ad reliquas formulae partes. —

III. Adjudicatio: „est ea pars formulae, qua permittitur judici, rem alicui ex litigatoribus adjudicare:

velut si inter coheredes familiae herciscundae agatur, aut inter socios communi dividundo, aut inter vicinos finium regundorum. Nam illic ita est: „quantum adjudicari oportet, judex Titio adjudicato." Quae pars formulae in tribus tantum judiciis illis divisoriis invenitur; arg. Ulpiani fragm. XIX, §. 16. In ceteris enim judiciis cunctis judicis partes in eo tantum continentur, ut quae uniuscujusque jura sint, pronuntiet et definiat; in his tribus vero, necessitate vel utilitate certe urgente, permissum est ei, et quae nondum exstiterant jura creare, atque potissimum rem aliquam alteri ex litigatoribus aut socio aut coheredi aut vicino adjudicare, quae statim illi adquiritur sive mancipi sit sive nec mancipi. Formularum autem natura atque vis haec erat, ut adjudicandi potestatem judici nominatim aliqua formulae parte permitti oporteret, quae pars et ipsa adjudicatio nominata est. Aliter autem sese rem habuisse legis actionum tempore persuasum habeo, quia eam fuisse harum actionum naturam plurimis jam argumentis illustravi, ut judici potestas magis ex voluntate et consensu partium, quam ex imperio praetoris accedere videretur, quod vel maxime de ipsa judicis postulatione affirmare licet. Cui illud nequaquam convenit, praetorem per solennem quandam formulam judicem informare et exhortari ad judicandum quantum necesse esset. Utrum autem a litigatoribus in jure aut apud judicem tale quid dictum sit, num re ipsa et quasi ipso jure judici haec potestas permissa fuerit, ut in tanta rerum obscuritate, dijudicare non ausim.

IV. Condemnatio: „est ea pars formulae, qua judici condemnandi absolvendive potestas permittitur, velut haec pars formulae: judex Nm. Nm. Ao. Ao. sestertium X M. condemna, s. n. p. a. Item haec: judex Nm. Nm. Ao. Ao. duntaxat X M. condemna. s. n. p. a. Item haec: judex Nm. Nm. X M. condemnato

et reliqua, ut non adjiciatur: s. n. p. a." Ita enim legendum puto. Tribus igitur modis condemnationem concipi posse, Gajus hoc loco docet. Praetor enim aut ad certam pecuniam condemnare jubet, aut ad incertam, ita sc. ut certam quantitatem judex non excedat, minus autem condemnare liceat. Quae condemnationum genera ubi occurrant, infra dicam. Utraque autem condemnatio haec ita fit, ut simul potestas permittatur judici, reum contrario casu absolvendi. Tertia autem condemnatio ita fit, ut judici condemnandi tantum neque absolvendi potestas permittatur. Quam condemnationem quae actiones exhibeant, nunc inquirendum est. Saepius enim id apud veteres dictum invenimus, qui condemnandi habeat potestatem, eidem semper et absolvere licere. Sed tamen casus quidam inveniuntur, in quibus condemnandi potestas existere potest, numquam autem absolvendi facultas. Tribus enim illis judiciis divisoriis eam naturam inesse supra ostendi, ut saepius quaedam alteri ex litigatoribus adjudicare necesse aut utile certe sit; quae adjudicatio ne in fraudem adversarii cedat, per condemnationem ejus, cui adjudicatum est, compensatio inducitur. Quod si sine adjudicatione res explicari possit, nulla insequetur condemnatio, neque tamen absolutio locum habet; unde in his casibus dici potest, condemnandi potestatem sine facultate absolvendi consistere. Retinenda ergo sunt verba illa: „ut non adjiciatur: si non paret absolvito." Sed et quae antecedunt verba: „judex Nm. Nm. X millia condemna, et reliqua", explicationem postulant. Sunt enim qui „decem millia" rejicienda dicant (Hasse junior), quibus non assentior. Quamvis enim id negari nequeat, in judiciis divisoriis saepissime rem sese ita habere, ut generaliter tantum condemnandi potestas, in quantum ipsi videretur, judici a praetore permitti possit: attamen et tales lites existere possunt, quas certam quandam ad-

judicationem et consequenter certam quandam condemnationem requirere praetori, jam manifestum est. In uno casu ergo praetor certam condemnationem, velut in X millia sestertium, formulae inserit. In aliis vero melius ducere potest, secundum litis, de qua agitur, naturam, certam taxationem addere, veluti ut plus quam X millia sestertium condemnare non liceat. Accedit et tertius casus sc. condemnationis infinitae, ubi in quantum ipsi videtur, sine ulla taxatione in infinitum condemnare potest. Ad hos casus respicit verbum ultimum „et reliqua." Longum enim Gajo visum est, hos casus omnes, quos jam initio enumeravit, hic repetere. — Haec igitur condemnatio, quae judiciis divisoriis inseritur, illud tantum singulare habet, quod nulla absolvendi potestas judici permittitur. Hac autem singularitate relicta, duae tantum condemnationis species in illo Gaji loco inveniuntur. Aut enim certae pecuniae est, aut incertae. Ipsa autem haec incerta condemnatio duplicem significationem habet. Est enim una cum aliqua praefinitione, quae vulgo dicitur cum taxatione, veluti ea, quam supra legimus; nam illic ima pars formulae ita concipitur: „Judex Nm. Nm. Ao. Ao. duntaxat X millia condemna, s. n. p. a." Diversa est quae infinita est, ubi ita est: „quanti ea res erit, tantam pecuniam Nm. Nm. Ao. Ao. condemna, s. n. p. a." Haec enim ita sese habere, Gajus libr. IV. § 51. testatur. Quas condemnationis conceptiones si inter se conferas, continuationem quandam per gradus invenies. Praetor a certo ad incertum cum definitione, ab hoc autem ad incertum sine ulla definitione progreditur, coactus videlicet generali illa regula, ex qua omnis condemnatio pecuniaria esse debebat. Certae enim pecuniae condemnatio in ea tantum formula poni poterat, qua certam pecuniam petimus. Incertae vero cum taxatione condemnatio concipitur, „si incertum aliquid petamus"; arg.

Gaj. libr. IV. § 51. Haec autem verba explicationem requirunt. Incertum enim duobus potissimum modis petitur, aut per incerti condictionem, de qua infra ex professo tractabo, aut per bonae fidei actionem. Incerti condictionis formula talis fuisse videtur: „si paret Nm. Nm. Ao. Ao. usumfructum illius fundi (e. g.) promisisse, quanti ea res erit, tantam pecuniam judex Nm. Nm. Ao. Ao. condemnato; s. n. p. a." In hac igitur formula nulla taxatio apposita est, quae neque naturae incerti condictionis convenire videtur. Incerta enim quae dicuntur, per se ipsa certa sunt, sed quanti eorum esse debeat pecuniaria aestimatio, incertum est. Ususfructus e. g. certissima est res; sed quanti aestimari debeat incertum est, quum et temporum inconstantiae et fructuarii vitae ratio habenda sit. Haec autem ita sunt, ut tamen dici debeat, rem aestimationem in sese habere. Ubi autem ita est, nulla ratio inveniri potest taxationis incertae condemnationi inserendae. Quod autem bonae fidei judicia attinet, neque harum formulis mihi taxationem condemnationi insertam pati videtur. Quum enim ita infestatur juris intentio: quidquid ob eam rem dare facere oportet, judicisque arbitrio et bonae fidei permittatur, ex bono et aequo, quid alterum alteri praestare oporteat, aestimare, praetor condemnationis summam definire non potest, ne judicis officium circumscribere, ejusque bonam fidem diffindere videatur. In bonae fidei enim judiciis tantum valere debet officium judicis, quantum in stipulatione ejus rei nominatim facta interrogatio et responsio; quae ratio non patitur, ut cujus arbitrio litigatores sese committunt, ejusdem officium praetor circumscribat et coerceat. — Quum igitur neque incerti condictio neque bonae fidei actiones talem taxationem in condemnationem recipiant, circumferenti mihi oculos nullae aliae actiones occurrunt, quibus incertum aliquid petitur, quam in factum actiones, in quas bonae fidei actiones,

quae juris civilis semper intentionem habent, transferri posse, supra jam probavi. Has enim in factum actiones plerumque arbitrarias fuisse, et res ipsa et exemplum a Gajo (libr. IV. §. 47.) propositum docent. Qui vero arbitrio judicis rem restituere jubente non paret, siquidem habeat rem vel dolo habere desierit, in tantum condemnatur, quantum actor in litem juraverit. Quibus casibus ne arrepta occasione in infinitum juretur, praetor saepenumero formulae jam certam condemnationis taxationem adjicit. Neque hoc semper ita facere solebat, sed saepius judici taxandi potestatem reliquit, iis praesertim casibus, quibus ipse nondum ita accurate de litis substantia informatum putabat, ut tale quid facere posset. Ita neque ipsum illud a Gajo propositum exemplum taxationem exhibet. In tali igitur casu, quia et hic periculum erat, ne arrepta occasione in infinitum juraretur, judex ipse taxandi jus habebat, vel antequam juretur, vel posteaquam juratum sit; arg. L. 18. pr. D. de dolo: „arbitrio judicis in hac quoque actione restitutio comprehenditur, et nisi fiat restitutio, sequitur condemnatio quanti ea res est. Ideo autem et hic et in metus causa actione certa quantitas non adjicitur, ut possit per contumaciam suam tanti reus condemnari, quanti actor in litem juraverit; sed officio judicis debet in utraque actione taxatione jusjurandum refrenari.“ L. 4. §. 2. D. de in lit. juram. (Ulpianus): „jurare autem in infinitum licet. Sed an judex modum jurijurando statuere possit, ut intra certam quantitatem juretur, ne arrepta occasione in immensum juretur, quaero. Et quidem in arbitrio esse judicis deferre jusjurandum necne constat. An igitur qui possit jusjurandum non deferre, idem possit taxationem jurijurando adjicere? quaeritur. Arbitrio tamen bonae fidei judicis et hoc congruit.“ —

Incertae vero pecuniae condemnatio infinita adhi-

batur, „velut si rem aliquam a possidente nostram esse petamus, i. e. si in rem agamus vel ad exhibendum.” Hae enim actiones arbitrariam formulam habent et jusjurandum in litem patiuntur, ubi reus arbitrio judicis rem restituere vel exhibere jubentis dolo non paruit. In his igitur casibus nulla taxatione praetor jam actoris jusjurandum restringit; judici tamen et in his casibus licet praefinire quandam summam, usque ad quam juretur, vel, si juratum sit, minoris condemnare! — Sed quae fuerit ratio hujus differentiae inter illas in factum conceptas actiones, quibus rem persequimur, et has in rem et ad exhibendum actiones, quaeritur. Omnes enim pariter arbitrariae sunt, pariterque jusjurandum in litem recipiunt, quod et Marcianus confirmat in l. 5. pr. D. de in lit. jurand. his verbis: „in actionibus in rem et in ad exhibendum et in bonae fidei judiciis in litem juratur”, in quibus omnibus taxationem adjicere judici licere, idem Marcianus testatur, l. 5. §§. 1, 9. D. l. t.: „sed judex potest praefinire certam summam, usque ad quam juretur, licuit enim ei a principio nec deferre; §. 2. item et si juratum fuerit, licet judici, vel absolvere vel minoris condemnare.” Sed tamen illa differentia est, quod in bonae fidei judiciis, si quidem arbitrariam formulam habent, et praetori jam ab initio taxationem adjicere licet; in ceteris vero non licet. In his enim quaestio vertitur dominii jam antea constituti, ita ut praetor nulla taxatione dominii jusjurandum refrenare velit, sed liberum relinquat ejus arbitrium et aestimationem, quamvis judicis officio et his casibus convenerit, infinitum jusjurandum postea refrenare. Contra in illis casibus, quibus rem ex bonae fidei negotio persequimur, non tam ex sola rei contumacia aestimationem faciendam esse praetor putavit, quam et ex bona fide; ad hanc enim omnia et ideo et jusjurandum actoris moderari debere totius negotii naturae con-

venire existimavit; haeque ratione ductus saepius jam formulae certam taxationem adjecit. —

In hac igitur formulae parte judici damnandi absolvendive potestas permittitur. Talem autem permissionem legis actionum tempore nullam in usu fuisse persuasum habeo. Jam saepius enim monui litigantium auctoritate potius quam praetoris imperio legis actiones et legitima judicia constitisse. Unde evenit, ut non praetor sed partes ipsae judicem de litis natura instruerent, itaque tacite ei condemnandi absolvendive potestatem permittere viderentur. Quae sententia per totam sacramenti naturam confirmatur. In hac enim generali legis actione, si accuratius definire velis, nulla penitus invenitur condemnatio vel absolutio, sed de sacramento tantum judicatur, cujus justum cujusque injustum esse videatur. Unde intelligitur, partium id fuisse, qui absolutus quique condemnatus sit, definire. Quae res et alius cujusdam observationis occasionem suppeditat. Ubi enim litigatorum est, qui et in quantum condemnatus sit, definire, et judex tantum de sacramento justo injustoque sententiam fert, nullum periculum est, ne in majorem vel minorem summam reus condemnetur, quam actor intentione comprehendit. Hoc autem formularum tempore saepius evenisse videtur, quum praetor aliam summam condemnare judicem juberet, quam actor intendisset sibi dari oportere. Condemnatio enim praesertim praetoris imperio continebatur, ita ut quaecunque placebant, inserere liceret. „Si igitur, Gajus libr. IV. §. 57. dicit, in condemnatione plus positum sit, quam oportet, actoris quidem periculum nullum est; sed reus, quum iniquam formulam acceperit, in integrum restituitur, ut minuatur condemnatio. Si vero minus positum fuerit, quam oportet, hoc solum actor consequitur quod posuit: nam tota quidem res in judicium deducitur, constringitur autem condemnationis fine, quam judex egredi

non potest; nec ex ea parte praetor in integrum restituit: facilius enim reis praetor succurrit, quam actoribus". Ita igitur condemnatio idem prorsus contineat, quod actoris intentio, nequaquam necesse est. Qua facultate saepissime usi sunt actores, velut bonorum emptor, de quo supra egi. Is enim ficto se herede agit; interdum autem et alio modo: nam ex persona ejus, cujus bona emerit, sumta intentione, convertit condemnationem in suam personam, i. e. ut quod illius esset, vel illi dare oporteret, eo nomine adversarius huic condemnetur: quae species actionis appellatur rutiliana": arg. Gaj. lib. IV, §. 35. Quae profecto condemnationis natura haud parvum mobilitatis, facilitatis et flexibilitatis formularum argumentum est.

Condemnatio autem numquam sola invenitur, sicut nec adjudicatio, nec demonstratio. Certe intentio aliquando sola invenitur, sicut in praejudicialibus formulis: qualis est, qua quaeritur, aliquis libertus sit, vel quanta dos sit, et aliae complures. Intentionem enim solam ex antiqua legis actione translatam, ceteras vero formulae partes adjectitiae qualitatis recentiorisque originis esse, antecedentibus probavi. —

In generali hoc de formulis tractatu superest, ut et de postulatione et impetratione formularum quaedam adjiciamus. Quarum differentia ut paullo accuratius definiatur, opus est, ut ad illam differentiam actionum juris civilis et in factum recurramus. Vidimus enim praetorem non solum illis ex antiquo jure civili descendentibus actionibus formulas accommodasse, quibus in jus intentionem inseruit, sed et alias innumeras in factum conceptas, ex suo imperio edicto inseruisse. Hoc autem non statim ita fecisse sed sensim sensimque, et velut per gradus eo pervenisse, ut formatas perfectasque formulas proponeret, persuasum habeo. Primo enim tempore singulis, prout emergebant,

casibus decretum in hac tantum causa valiturum proposuit; postea autem, quum jam saepius eodem modo decrevisset, hoc decretum initio magistratus proposuit, itaque se edicturum edixit suis verbis: „interdictum (decretum) reddam". — Sed in his casibus, ubi, sicut supra vidimus, praetor principaliter auctoritatem suam interponere solebat, interdicto reddito res non statim perfecta erat, sed ad judicem arbitrumve et recuperatores iri poterat; ibique editis formulis quaeri, an aliquid adversus praetoris edictum factum sit, vel an factum non sit quod is fieri jusserit. Haec autem consuetudo judicii ex interdicto oriundi mox eo adduxit, ut praetor haud amplius ediceret: „interdictum vel decretum reddam", sed ita potius: „judicium dabo". Cujus generis exempla in digestorum libris haud pauca obvia sunt. „Postremo denique et hac forma relicta, statim formulam ipsam judicii proposuit; tumque illae antiquae formae, quibus antea jus adeuntibus reddiderat, iis tantum casibus in usu retentae sunt, ubi et celeritate opus erat, sicuti in possessionibus dandis, et saepissime jussu et interdicto rem terminari posse sperari poterat. Illarum autem formularum numerus in dies augebatur, „ut postremo, uti ait Cicero in oratione pro Roscio Comoedo, essent jura, essent formulae de omnibus rebus constitutae, ne quis aut in genere injuriae aut in ratione actionis errare possit. Expressae enim sunt ex uniuscujusque damno, dolore, incommodo, calamitate, injuria publicae a praetore formulae, ad quas privata lis accommodatur". In praetoris igitur edicto juxta conjunctimque propositae sunt formulae cum juris civilis intentione, aliae vero cum in factum intentione, honorariae igitur et civiles actiones. Ex his, qui agere volet, unam eligit, formamque generalem ex singularum litium natura atque substantia explet, veluti hominem Stichum condictionis formulae inserit, aut certum quoddam doli genus in for-

mula, quae de dolo proposita est, nominat. Hoc est, quod proprie formulae editio nominatur. Edere autem formulam licet non propositam tantum, sed et novam. Plures etiam edi possunt, „quemadmodum solemus facere, quotiens incertum est, quae potius actio teneat; nam duas dictantes, protestati, ex altera nos velle consequi, quod nos contingit“; arg. L. 1. §. 4. D. quod leg. Edita enim actio tantum speciem futurae litis demonstrat. Lis igitur per editam formulam non ordinatur, neque quidquam consumitur. Quae igitur falsa sunt aut quae desunt, non actor solum emendat, sed et praetor ipse supplet; quae autem tota illicita est, jam a praetore denegatur; arg. l. 27. pr. D. de V. O.: „officio praetoris continetur, ex hujusmodi (sc. turpibus) obligationibus actionem denegari“. Formulae editionem sequitur formulae postulatio aut impetratio. Impetratur autem formula, quae in factum intentionem habet; postulatur ea, cujus intentio in jus civile concepta est. Impetratio decretum requirit et causae cognitionem; postulatio per planariam etiam interpellationem fieri potest. Quae autem hujus differentiae ratio sit, ex iis, quae supra de historia actionum in factum breviter annotavi, optime intelligitur. Quum enim juris civilis actio formulae inclusa tantum sit a praetore, neque decreto neque causae cognitione opus erat; non enim ex ipsius jurisdictione descendit, neque ipsius imperio sustinebatur, sicut illae, quarum intentionum ipse ex proprio suo imperio in factum concepit. In his enim praetor, qui eas proposuit, semper id observavit, ut eas non de plano et procedens, sed pro tribunali considens post causae cognitionem per solenne decretum adeuntibus impertiret. Haec vero impetratio formulae nominabatur. Quae maximi momenti erat primo illo tempore, ubi singula tantum decreta singulis casibus accommodata a praetore edicebantur. Illud autem, quod inde

descendit, generale edictum semper causae cognitionem requirebat, in eo vertentem, num sub hoc edictum singulae causae cadant. Postremo autem, quum praeter formulas edictorum et decretorum loco proponere inciperet, antiqua illa cognoscendi et decernendi pro tribunali consuetudo retenta adhuc est, dum illae, quae juris civilis intentionem habebant, sine decreto solemni postulari poterant. Inde autem a tempore, et ex hac causa coepit obscurari, quid inter impetrationem et postulationem formulae intersit, praesertim quum et in illis juris civilis actionibus praetori nequaquam interdictum fuerit, praeviam causae cognitionem instituere et secundum ejus eventum et postulationem actionis denegare. Inde fit, ut et Quinctilianus libro VII. c. 5 sine ulla distinctione earum actionum, quae impetrari et earum, quae postulari tantum solent, generali modo affirmet, solere apud praetorem saepe in ipso jure magnas contentiones existere, „de constituendo ipso judicio, quum aut sitne actio illi, qui agit, aut jamne sit, aut num esse desierit, aut illane lege, hisne verbis sit actio, quaeritur". His igitur in jure cognitis et decisis illa, quae in jus concepta erat formula, proprie postulata, illa autem in factum intenta impetrata vocabatur. Haec autem impetrata aut postulata actio in judicium deducebatur; semel autem in judicium deducta consumta erat. Unde intelligitur, jam illam primam formulae editionem, quamvis per se nil noceat neque consumat, attamen summi momenti esse; quia fieri potest, ut formula, sicuti edita est, a praetore postea impetretur aut postuletur. Ita enim Quinctilianus l. c. pergit: „quae si, ante quam res in judicium convenit, aut concertata, aut dijudicata aut confecta non sunt: tamen in ipsis judiciis permagnum saepe habent pondus, quum ita dicitur: plus petisti, sero petisti, non fuit tua petitio, non a me, non hac lege, non his verbis, non hoc judicio". Quod rei pondus

in eo consistit, quod causa cadit is, qui non, quemadmodum oportet, egerit. Hac igitur de causa quaestiones illae in jure apud praetorem plerumque disceptantur; id enim et Cicero de inventione libr. II, c. 20. testatur: „atque in nostra quidem consuetudine multis de causis fit, ut rarius incidant translationes (i. e. actionis commutationes) in ipso judicio. Nam et praetoriis exceptionibus multae excluduntur actiones, et ita jus civile habemus constitutum, ut causa cadat is, qui non, quemadmodum oportet, egerit. Quare in jure plerumque versantur. Ibi enim et exceptiones postulantur et quodammodo agendi potestas datur, et omnis conceptio privatorum judiciorum constituitur. In ipsis autem judiciis rarius incidunt;" conf. Victorini schol. in hunc Ciceronis locum apud Orellium scholia I. p. 141. — Cicero orator. partit. c. 28. — „Praetoris igitur consilia translationis causam litibus auferebant." Haec autem consilia „curiosa" vocat Quinctilianus, „in quibus de jure accusatoris ambigitur." Et jam uno ordine habentur civiles et honorariae actiones; et ibi tantum decretum illud solenne conservatum est, ubi actio sub certis tantum conditionibus dari solebat, velut actio doli, quae de iis tantum rebus datur, de quibus alia actio non est, et ubi justa causa esse videtur. „Et merito, Ulpianus ait in l. 7. §. 8. D. de dolo, praetor ita demum hanc actionem pollicetur, si alia non sit, quoniam famosa actio non temere debuit a praetore decerni, si sit civilis vel honoraria, qua quis possit experiri." Idem porro locum habebat in actione utili et in actione in factum, quae cuidam actioni juris civilis accommodatur, velut actio in factum legi aquiliae accommodata. In utroque enim genere actio principalis ad tales casus extendebatur, qui nequaquam illius actionis conditionibus sufficiebant, ita ut sine speciali inquisitione et decreto tale quid procedere non posset. Haec hactenus de formularum

origine, natura partibus et postulatione vel impetratione. —

Expositis ita quaecunque ad faciliorem condictionis intellectum cominus eminusve necessaria vel utilia certe videbantur, jam, relictis judiciis, relictis etiam legis actionibus formulisque, ad ipsius antiquissimae strictissimaeque obligationis jus accurate illustrandum propero.

Pars IV.

DE CONDICTIONE.

Ex superioribus intelligitur, condictionem, quae formularum tempore ita nominatur, ex legis actione per condictionem nomen et originem traxisse. Primum lex silia condictionis legis actionem constituit de certa pecunia mutuo data. Qui enim mutuam pecuniam accipit, re ipsa obligatur. Quae obligatio re contracta naturalis vocatur, vel etiam ex jure gentium descendens; arg. §. 2. I. de jure naturali. Quod redit ad id, quod per se intelligitur, ut qui ab altero rem quandam acceperit, accipiendo ad reddendum obligetur; quia nil tam naturale est, quam, quod alterius apud alterum sine causa invenitur, id illi restitui. Jam nemo negabit, pecuniam mutuo datam, elapso tempore in quod datum est, sine causa apud debitorem esse, ita ut debitor ex re ad reddendum sit obligatus jure naturali. Quid autem reddat quaerentibus considerandum est, quid ipsius rei, i. e. obligationis re contractae, natura requirat. Requirit autem, ut idem porro reddatur, quod initio traditum est; et ideo, quia pecuniae dominium ad debitorem translatum est, unde et ipsum mutuum nomen traxisse dicitur, ejusdem pecuniae (sed nequaquam eorundem nummorum) dominium creditori reddendum est. Ex his omnibus apparet, ex ipso jure naturali descendere hanc mutui obligationem, eamque, qualis quantaque sit, ex ipsa re apparere. Unde illud manifestum fit, nulla lege

hanc mutui obligationem introductam, sed potius antiquissimam esse simulque cum pecuniae mutuaticiae usu atque commercio exstitisse, quippe cui naturaliter obligatio insit. Neque illud quemquam offendat, quod antiquissima civilis obligatio ex jure naturali descendere dicatur. Quae enim naturaliter negotiis insunt, haec a Romanis rejici non potuerunt, sed accipienda erant omnino.

Huic igitur pecuniae mutuaticiae primum legis actio per condictionem est constituta. Postea vero per legem calpurniam eadem legis actio et ad omnem certam rem translata est. Legis actionibus autem sublatis, eaedem obligationes, quae antea per condictionis legis actionem disceptabantur, nunc condictionis nomen acceperunt. Unde jam supra id manifestum fieri demonstravi, unam tantum esse condictionem, quamvis innumerae paene ejus species, sicut una fuerat legis actio per condictionem. Eandem ergo semper intentionem condictio exhibet, sc. alteram mihi dare oportere. Quae omnia, quum supra latius exposuerim, breviter nunc attigisse sufficiat. Illud enim solum in memoriam revocare volui, obligationem ex mutuo initium et fundamentum esse obligationum omnium, ex quibus postea condictionem oriri vidimus, easque omnes iisdem fere juris regulis consistere, quibus credita pecunia. E re igitur erit obligationis ex mutuo naturam, quam supra in universum exposui, per partes singulas explanare.

I. Primum igitur mutuum pecunia potissimum constat.

II. Haec pecunia in accipientis dominium transit; accipiens igitur re obligatur, ut idem porro reddatur, quod acceptum est. Haec autem obligatio naturalis est, quum ex aequo et bono descendat, ut, quod sine causa alterius apud alterum est, id illi restituatur.

Sic igitur discretis partibus optimum erit, de unaqua-

que separatim disserere, et quam postea passa sit mutationem, habueritque denique eventum atque finem ordine exponere. Inde enim, si omnia collegeris, optime intelligitur, quo modo a parvo initio ad vastissimum illum ambitum condictio pervenerit; simulque illud indubitatum erit, unam tantum esse condictionem, quamvis singulae species diversitates quasdam exhibeant.

I. Primum igitur videndum est, de re ipsa quae per condictionem petitur. —

Mutuum autem primis temporibus pecunia tantum constitisse, recte sibi quisque persuadebit. — Pecunia autem omnium, quaecunque in hominum commercio versantur, longe certissimum est; simplicius ergo nil inveniri potest, ita ut ipsa pecunia sit modus ceterarum rerum omnium, omniaque ad ipsam redigi soleant. Id jurisconsulti romani non sentiunt tantum, sed et expressis verbis dicunt. Javolenus in l. 42. D. de fid. mand.: „non ut aestimatio rerum, quae mercis numero habentur, in pecunia numerata fieri potest, ita pecunia quoque merce aestimanda est." Ita et Ulpianus in l. 3. D. de in lit. jur., certam esse nummorum aestimationem dicit. Paulus denique in l. 1. D. de contr. emt. rationem, quae pecuniam muneri illi idoneam reddit, indicat his verbis: „pecunia usum dominiumque non tam ex substantia praebet, quam ex quantitate." Ita fit, quod supra jam annotavi, ut pecunia omnia contineantur, quaecunque in cujuscunque bonis sunt. Ulpianus in l. 173. D. de V. S: „pecuniae verbum non solum numeratam pecuniam complectitur, verum omnem omnino pecuniam, hoc est omnia corpora; nam corpora quoque pecuniae appellatione contineri nemo est qui ambiget." Celsus in l. 88. D. eod.: „tantum quisque pecuniae relinquit, quantum ex bonis ejus refici potest; sic dicimus, centies aureorum habere, qui tantum in praediis ceterisque similibus

rebus habent." Ex his omnibus manifestum fit, pecuniam, sicuti et rei natura fert, Romanis certam per excellentiam fuisse, et consequenter condictio illa, per quam certa pecunia petitur, nomen accepit condictionis si certum petatur, arg. l. 1. pr. D. de condict. trit.

Certae autem pecuniae opponuntur omnes certae res, in quibus ipsis quaedam sunt, quae propius ceteris ad certam pecuniam accedunt. Illae enim, quae numero, mensura, pondere consistunt, mutuum sicut ipsa pecunia recipiunt. Talia sunt: vinum, oleum, frumentum, aes, argentum, aurum; quas res aut numerando, aut metiendo, aut pendendo in hoc damus, ut accipientium fiant, et quandoque nobis non eadem, sed aliae ejusdem naturae reddantur. — Sicut autem pecuniam certam per excellentiam certam nominatam esse supra vidimus, ita et has res, quae mutuum recipiunt, per excellentiam certas res appellatas esse arbitror, illo praesertim argumento commotus, quod condictio, per quam res quaedam extra pecuniam certam petitur, triticiaria condictio appellatur, teste Ulpiano in l. 1. de condict. tritic., cujus singula verba meam sententiam confirmare videntur: „qui certam pecuniam numeratam petit, illa actione utitur, si certum petatur. Qui autem alias res, per triticiariam condictionem petet. Et generaliter dicendum est, eas res per hanc actionem peti, si quae sunt praeter pecuniam numeratam, sive in pondere sive in mensura constent, sive mobiles sint sive soli." Triticiaria enim condictio nomen accepit a tritico, nobilissimo frumenti genere. Primum enim Romani assolent, ab insigni quadam specie toti generi nomen indere; deinde et triticum nominare illis optime convenire videtur, qui agro colendo potissimum victum quaerebant, quibusque ideo triticum inter pretiosissimas res numerabatur. Quod ad confirmandum illud monuisse sufficiat, quod et illa summi momenti divisio rerum in res mancipi et nec mancipi,

deducta videtur ab illa rerum qualitate, per quam agrum colenti in usu esse poterant vel non poterant. De illa autem appellatione, cujus ratio et sensus manifestissima mihi videntur, inde a primis temporibus usque ad novissimos dies ridiculae multae sententiae prolatae sunt. Accursius in glossa ita scribit: „videndum ergo, unde sic dicatur; et quidem nullo loco reperitur. Potest tamen probabiliter dici, ut assumpserit nomen a Tritico auctore, ut de publiciana dicitur". Medio inde tempore Bartholus monachum quendam ex ordine Sti Francisci nomen suum ad actionem hanc transtulisse affirmat. Neque meliorem novissimo tempore fabulam narrat Heffter. —

Quo autem tempore et aliae res primum extra illas, quae numero, pondere, mensura constant, per condictionem triticiariam peti coepta fuerint, mihi quidem manifestum non est; sine lege enim illud factum esse puto, sicuti postea et incertum sine lege condici coepit. — Illae autem res certae, quae, quum non sint fungibiles, in genere suo functionem non recipiunt, aestimatione indigent. Quotiens enim ipsa res non restituitur, certa pecunia in condemnatione ponenda est. Loquimur autem, deducta omni jurisjurandi poena, de aestimatione rei ipsius; haec autem certis et definitis quibusdam juris regulis consistit, ne in judicis arbitrium collata, quod per se certum erat ex postfacto incertissimum reddat. Illae autem aestimationis regulae ex ipsa condictiones natura sumtae videntur. Primum enim quod tempus attinet, illius diei aestimatio spectanda erit, quo dari convenit. Quodsi de die nil convenit, illius quo res petitur i. e. litis contestatae tempus. Tantum enim petitum est, quanti res aestimatur petitionis die; et in judiciis aut id ad libellum detur necesse esse, supra demonstravi, aut penitus nihil. arg. Gaj. in l. 4. D. de cond. trit.: „si merx aliqua, quae certo die dari debebat, petita sit, velut

vinum, oleum, frumentum, tanti litem aestimandam Cassius ait, quanti fuisset eo die, quo dari debuit. Si de die nihil convenit, quanti tunc, quum judicium acciperetur"; confr. l. 3. § 2. D. commod. l. 22. D. de reb. cred., l. 11. D. de re judic. l. 59. D. de V. O. — Eadem ratio habenda est in loco, ex quo aestimatio sumenda est. Ita enim Gajus l. 4. pergit: "idemque juris in loco esse, ut primum aestimatio sumatur ejus loci, quo dari debuit, si de loco nil convenit, is locus spectetur, quo peteretur" conf. l. 22. in fin. D. de R. C. Illi autem regulae, quam de certi diei aestimatione proposui, optime convenit quod de mora debitoris compertum habemus. "Debitor enim, si post moram deteriorem rem factam reddit, non liberatur, sed ejus habenda est ratio, quanto deterior res post moram facta est." Et hoc est quod dicitur: "ad tempus morae reducendam esse aestimationem"; arg. l. 3. in fin. de cond. trit. — Quia autem fur semper moram facere videtur, si ex causa furtiva res condicitur, id tempus spectandum est, quo res unquam plurimi fuit, arg. l. 8. § 1. D. de cond. furt. Attamen hanc plurimi aestimationem non egredi retrorsum furti facti tempus, manifestissimum est, quia antea nulla mora fuerat. Et hoc est, quod Ulpianus dicit in l. 2. § 3. D. de priv. delict: "condictio autem ex causa furtiva non egreditur retrorsum judicii accipiendi tempus." — Postquam de tempore et de loco vidimus, videamus et de re ipsa. Et hic notandum est, non rem solam vel ejus aestimationem, sed et omnem causam post judicium acceptum restituendam esse, arg. l. 31. D. de R. C. "Cujus opinionis ratio redditur, Papinianus dicit in l. 2. D. de usuris, quoniam, quale est, quum petitur, tale dari debet, ac propterea postea captos fructus, partumque editum restitui oportet". — Unde manifestum est, id huic sententiae objici non posse, quod ita plus quis consequatur quam petierit;

nam idem reus habiturus esset actor, si litis contestatae tempore debitum solutum fuisset. Ita rei aestimationi ex tempore litis contestatae aestimandae accedit aestimatio accessionum; unde fragmentum quoddam Ulpiani l. 3. D. de cond. trit. egregie illustratur, quod alias regulae nostrae de aestimatione rei in strictis judiciis oppugnare videtur: in hac actione (sc. condictione triticiaria), si quaeratur, res, quae petita est, cujus temporis aestimationem recipiat, verius est, quod Servius ait, condemnationis tempus spectandum.

Causa igitur omnis post litem contestatam est aestimanda. Neque tamen ea absoluta est. Sed illud superest, ut non judex corporis tantum aestimationem faciat ex eo die, quo res petita est, vel quo dari convenit. Pro certo autem affirmatur, non corpus tantum aestimari, sed et id quod interest agentis. Exempli gratia, si servum heredem ab aliquo institutum petierim, isque antequam jussu meo adierit, mortuus sit, et hereditatis quoque rationem habendam esse constat, si quidem omnino in eo casu est reus, ut litis aestimationem non debeat. Quid autem intersit agentis, ex re aestimatur, non ex affectu litigatoris. Quae omnia fragmentis quibusdam ex titulo digestorum de lege aquilia confirmantur. Actio enim legis aquiliae condictio est. Lex autem aquilia jubet tantum dari, quanti res ipsa fuerit in XXX diebus proximis vel in XII mensibus proximis. Neque corpus tantum aestimari jubet, sed et quod interest agentis i. e. damnum, quod ex ipsa re contigit. Id enim Paulus testatur in l. 33. D. ad leg. aquil.: si servum meum occidisti, non affectiones aestimandas esse puto (veluti si filium tuum naturalem quis occiderit, quem tu magno emtum velles), sed quanti omnibus valeret. In lege enim aquilia damnum consequimur, et amisisse dicemur, quod aut consequi potuimus, aut erogare cogimur. Quod autem hoc sensu appellatur damnum ex re, idem alio frag-

tuito „id quod interest agentis" nominatur; arg. l. 21. §. 2. D. ad leg. aquil. Ita et l. 3. de cond. furt. interpretanda est: „si condicatur servus ex causa furtiva, venire in condictionem certum est, quod intersit agentis." — Sed videamus, an non talis aestimatio ejus, quod interest, naturae stricti juris actionis oppugnet? Quae quaestio, etsi non prorsus affirmanda, tamen et nequaquam negenda videtur. Medium tenet ... Id enim certe dici potest, condictionem aliquoties stricti juris naturam finesque egressam esse, quod Justinianus in §. 10. I. de lege aquil. confirmare videtur: „illud non ex verbis legis, sed ex interpretatione placuit, non solum peremti corporis aestimationem habendam esse secundum ea, quae diximus, sed eo amplius, quidquid praeterea peremto eo corpore, damni vobis illatum fuerit." Sed tamen condictionis natura in eo servata videtur, quod illud solum damnum aestimabatur, quod ex re venit, neque affectionum ulla ratio habebatur. —

Talis autem certae rei aestimatio primis temporibus nequaquam in usu fuisse videtur. Quamdiu enim certae pecuniae tantum condictio dabatur, quotiens etiam quandam rem sibi quis stipulabatur, pecuniam statim adjiciebat aestimationem, ne postea, quanti ea interesset, probare necesse haberet. Eadem ratione ut fieri aliquid ab altero stipulabatur, poenam adjicere solebat, si factum non esset. Alias enim, quippe incerti, condictio non competebat. Haec autem poenae adjectae consuetudo et necessitas multis jurisconsultorum fragmentis confirmatur. Subjiciamus primum ea, quae incerti stipulationem inutilem esse indicant; Marcellus in l. 94. D. de V. O.; Papinianus in l. 115. D. de V. O.; Ulpianus in l. 57. §. 1. eod.; Javolenus in l. 106. D. eod. — Haec autem incerta, imperfecta et inutilis stipulatio certa et utilis redditur poena adjecta; arg. Paulus in l. 68. D. de V. O.: „si poe-

nam stipulatus fuero, si mihi pecuniam non credidisses, certa est et utilis stipulatio." Ulpianus in l. 7½ D. eod.: „quum quid ut fiat stipulemur, poenam sic recte concipiemus, si ita factum non erit; quum quid ne fiat, sic: si adversus id factum sit." Venulejus in l. 137. §. 7. D. eod.: „si ut aliquid fiat, stipulemur, et usitatius et elegantius esse Labeo, ait, sic subjici poenam: si ita factum non erit: at si quid ne fiat, tunc hoc modo: si adversus factum erit; et quum alia fieri, alia non fieri conjuncte stipulemur, sic comprehendendum: si non feceris, si adversus ea feceris." Ex hac autem Labeonis opinione illud manifestum est, quamquam usitatius et elegantius fuerit, poenam pecuniariam subjicere, attamen procedente tempore poenae adjectionem negligi coepisse, neque tamen hanc incertam stipulationem pro nulla et penitus inutili habitam esse. Hoc modo et per talem continuationem condictio a certa pecunia usque ad incertas res progressa videtur. Primum igitur omnium videamus, quid sit incertum. Si autem scimus, quid certum sit, tum per se ipsum apparet, quid incertum sit. Omne enim, quod non certum est, incertum est. „Certum est, uti Gajus in l. 74. D. de V. O. definit, quod ex ipsa pronuntiatione apparet, quid quale quantumque sit, ut ecce aurei decem, fundus tusculanus, homo Stichus, tritici africi optimi modii centum, vini campani optimi amphorae centum." „Ubi autem non apparet, Ulpianus in l. 75. D. eod. pergit, quid quale quantumque est in stipulatione, incertam esse stipulationem dicendum est. §. 1. Ergo si quis fundum sine propria appellatione, vel hominem sine proprio nomine, aut vinum frumentumve sine qualitate dari sibi stipulatur, incertum deducit in obligationem; §. 2. usque adeo, ut si quis ita stipulatus sit: tritici africi boni modios centum, vini campani boni amphoras centum, incertum videatur stipulari, quia bono melius inveniri potest; quo fit, ut boni appella-

tio non sit certae rei significativa, quum id quod bono melius est, ipsum quoque bonum sit. At quum optimum quis stipulatur, id stipulari intelligitur, cujus bonitas principalem gradum bonitatis habet, quae res efficit ut ea appellatio certae rei significativa sit." Conf. l. 6. D. de R. C. — Ideo illa stipulatio: *facere spondes?* ostendit se incerti esse. Nam quae in faciendo aut non faciendo consistunt, quum plurimum faciat hominis conditio et valetudo, ex ipsa pronuntiatione non ostendunt, quid quale quantum sit in stipulationem deductum. Id autem testatur l. 75. §. 7. D. de V. O.: „qui id, quod in faciendo aut non faciendo stipulatur, incertum stipulari videtur; in faciendo: veluti fossam fodiri, domum aedificari, vacuam possessionem tradi; in non faciendo: veluti per te non fieri, quominus mihi hominem Erotem habere liceat. Qui autem hanc incerti speciem comparat cum illa, ubi quis hominem generaliter sine certo nomine stipulatus est, diversitatem hanc inveniet, quod illa prima species rem exhibet per se certam, cui tamen deest certa e re ipsa sumta aestimatio; haec vero altera species rem ipsam nequaquam satis accurate definit. Quibus speciebus quaecunque incertae stipulationis exempla in digestorum libris leguntur, assignari possunt. In cujus probationem quaedam subjiciam. Qui jus quoddam stipulatur, rem per se certam stipulatur, quae tamen secundum praediorum, quae sibi serviunt, conditionem, hominumque, qui sibi jus acquirunt, aetatem valetudinemque, diversissimam aestimationem recipiunt. Unde Ulpianus in l. 75. §. 3. D. de V. O.: „fundi certi, ait, si quis usumfructum stipulatus fuerit, incertum intelligitur in obligationem deduxisse; hoc enim magis jure utimur". Talis autem res incerta, posteaquam sine poena vel aestimationis adjectione in stipulationem deduci coepit, tamen non per condictionem petebatur, quippe quae secundum originem suam de

certa tantum re dari poterat. Illa igitur incerta res per actionem ex stipulatu petebatur. Id enim Justinianus testatur pr. I. de V. O. his verbis: „verbis obligatio contrahitur ex interrogatione et responsione, quum quid dari fierive nobis stipulamur. Ex qua duae proficiscuntur actiones: tam condictio certi si certa sit stipulatio, quam ex stipulatu, si incerta“. Accedit l. 24. D. de R. C. (Ulpianus): „si quis certum stipulatus fuerit, ex stipulatu actionem non habet, sed illa condictitia actione id persequi debet, per quam certum petitur“. Idem Papinianus confirmat in l. 4. de usuris: „si stipulatus sis, rem dari vacuamque possessionem tradi, fructus postea captos actione incerti ex stipulatu propter inferiora verba consecuturum te ratio suadet“. Ejusdem denique actionis incerti ex stipulatu exempla insunt leg. 3. D. si quis in jus et 27. §. ult. D. de rec. qui arbit. — Quae eadem ratio, et postea semper in actione ex stipulatu decernenda obtinuisse videtur. In cujus rei probationem fragmenta quaedam codicis justinianei, in quibus actionis ex stipulatu mentio fit, breviter attingam. Primum huc facit l. 6. C. de transactionibus, ubi species talis fuisse videtur. Mater quaedam, mota inofficiosi querela, cum diversa parte transegit ita, ut partem bonorum susciperet, et a lite discederet. Mortuae heredes instaurarunt omissam a matre querelam. Hoc autem juris rationem non sinere, imperator Alexander illis rescripsit. „Verum si fides placitis praestita non est, pergit, in id, quod interest, diversam partem recte convenietis; aut enim stipulatio conventioni subdita est, et ex stipulatu actio competit; aut, si omissa verborum obligatio est, utilis actio, quae praescriptis verbis rem gestam demonstrat, danda est“. Quae stipulatio, si causae naturam intuearis, incerta fuisse videtur. — Impp. autem Severus et Antoninus in l. 1. C. de jure dotium ita rescribunt: „evicta re, quae fuerat in dotem

data, si pollicitatio vel promissio fuerit interposita, generi contra socerum vel mulierem seu heredes eorum condictione vel ex stipulatione agere potest" — condictione sc., si certae rei fuerit pollicitatio aut promissio interposita; ex stipulatione autem, si incertae rei. Postremo autem imperator Justinianus legem promulgavit de rei uxoriae actione in ex stipulatu actionem transfusa; arg. C. IV. 13. Rei uxoriae autem actio bonae fidei erat, cujus natura et bonae fidei beneficium per dictam constitutionem ad actionem ex stipulatu sunt translata. Quae transfusio, quamvis neglecto omni veteris juris ordine atque disciplina facta sit, tamen ex eo ipso, quod ex stipulatu actio in locum actionis rei uxoriae successit, apparet, de incerto potius per hanc agi potuisse.

Eadem prorsus ratione is, qui ex testamento actionem habebat incerti, non condictione sed ex testamento agere debebat; quia condictionis naturae incertum haud ita conveniebat; arg. l. 3. §. 6. D. de libert. leg. „ideo si heres negotiorum gestorum egisset, agens procurator ex testamento incerti, doli mali exceptione excludi potest"; l. 75. §. 4. D. de leg. (I) „proinde si Stichum legaverit, cum ille ei Stichum aut decem deberet, incerti actio legatario adversus heredem competit".

Dum haec ita erant in stipulatione et in testamento, in ceteris omnibus casibus, ubi condictio locum habebat, quotiens incerta suberat res, incerti condictio adhibebatur; nulla enim alia actio, sicut in stipulatione, inveniri poterat. Cujus incerti condictionis multa exempla in juris nostri fontibus obvia sunt. Laudabo quaedam ad diversissimas condictionis species pertinentia. Eadem enim omnia, ex quibus certi condictio oritur, si incerta subsit res, incerti condictionem proferunt.

De condictione incerti indebiti Pomponius in l. 22. §. 1. D. de cond. ind. tale exemplum proponit:

„quum iter excipere deberem, fundum liberum per errorem tradidi; incerti condicam, ut iter mihi concedatur". conf. praeterea l. 31. D. de cond. ind.; l. 6. C. de jur. et fact. ignor.

Condictionis sine causa exemplum tale Julianus refert in l. 3. ini. de cond. sine causa: „qui sine causa obligantur, incerti condictione consequi possunt, ut liberentur". Conf. praeterea l. 35. de serv. praed. urb.; l. 5. §. 1. D. de act. emti; l. 2. §§. 3, 4. D. de donation.

Et furtiva incerti condictio datur, velut hoc casu ab Ulpiano relato in l. 12. §. 2. D. de cond. furt.: „Neratius in libris membranarum Aristonem existimasse refert, eum, cui pignori res data, incerti condictione acturum, si ea surrepta sit". —

Hanc autem incerti condictionem egredi certissimos antiquae condictionis terminos, nemo est qui non ex his, quae adhuc disserui, intelligat. Sed nil penitus dubitationis remanebit, quum et incertae rei aestimatio quibus regulis constet, exposuerim, easque ipsas cum illis, quibus certae rei aestimatio regebatur, contulerim. Certae enim rei ea natura est, ut certam aestimationem habeat, quanti omnibus valeat. Incerta autem res in ea conditione saepissime est, ut ex personae tantum, ad quam pertinet, conditione, veluti valetudine et aetate, aestimari possit. Unde intelligitur, id quod in certae rei condictione diligentissime evitari vidimus, sc. ne ex persona, sed ex corpore tantum et ex re aestimatio sumatur, id in incertae rei condictione naturaliter venire. Finge te fundi usumfructum stipulatum, a promissore aestimationem tantum consequi posse. In quo maximi momenti esse apparet, quum ususfructus personalis sit, et simul cum vita ipsa usufructuarii exstinguatur, cujus aetatis cujusque firmitatis sit stipulator. Rei ergo ipsius aestimatio poscit, ut et personae ratio habea-

tur. Sicuti autem supra actori probatio incumbebat, quanti sua interesit, ita et hic stipulator id tantum consequitur, quod istu interesse certa probatione confirmaverit. Hoc vero vel in eo casu, quem proposui, difficillimum esse, nemo negabit; quare melius erit, et hic aestimationem subjicere. Hoc nobis consilium dat Venulejus in l. 11. D. de stip. praet.: „in ejusmodi stipulationibus, quae quanti res est promissionem habent, commodius est, certam summam comprehendere: quoniam plerumque difficilis probatio est, quanti cujuscunque intersit, et ad exiguam summam deducitur". — Ex his autem omnibus apparet, hanc incertae rei aestimationem, quamvis aliquotenus ex actoris persona sumtam, insitam tamen condictioni naturam nequaquam exuisse. Hoc modo in probationis ratione vidimus. Nempe, ut Paulus dicit, „si ex stipulatu vel ex testamento agatur, non solet in litem jurari". Et quamvis ipsius incerti natura saepius requirat personae rationem habere, attamen ex re semper aestimatio sumta videtur, non ex personae affectu. Personae enim affectus, quamvis in rem sit, tamen rei substantiae nil addit; illa autem personae ratio ad rei substantiam augendam minuendamve valet. Ita et in lege aquilia affectiones non aestimantur (velut si filium tuum naturalem quis occiderit, quem tu magno emtum velles), „sed quanti omnibus valeret res quae interiit". arg. l. 33. D. ad leg. aquil. — Quum autem supra viderimus, actorem, quid sua intersit, accurate probare necesse habere, sequitur inde, ut in incertae rei per condictionem petitae aestimatione nil penitus valeat judicis officium. In bonae fidei judiciis autem tota res in judicis arbitrium collata est, et tantundem ibi potest officium judicis, quantum in stipulatione nominatim ejus rei facta interrogatio et responsio; arg. l. 24. D. XVI. 3. — Ita fit, ut incertum, quod per bonae fidei actionem petitur, diversissimam naturam exhibeat ab illo in-

certo quod condicitur. Dum enim in condictione incerti semper id rei, quod ipsa datio vel fieri debuit, locum succedit; in bonae fidei negotiis incertum principale est, nec rei cujusdam vice fungitur, sed sua potestate constat. Judicis bonae fidei officium implicatur, ut ex bona fide aestimet, quantum melius aequius sit alterum alteri praestare. Cui officio judicantis et id congruit, ut affectiones, quae personalissimae sunt, aestimet; quod et Papinianus probat in l. 54. D. mandati his verbis: „quum servus extero se mandat emendum, nullum mandatum est. Sed si in hoc mandatum intercessit, ut servus manumitteretur, nec manumiserit, et pretium consequetur dominus ut venditor, et affectus ratione mandati agetur. Finge filium naturalem vel fratrem esse; placuit enim prudentioribus, affectus rationem in bonae fidei judiciis habendam". Haec sufficere arbitror ad discrimen diversamque naturam incerti, quod condicitur, et ejus, quod per bonae fidei actionem petitur, illustrandam. In uno tamen congruunt, eoque paene maximo, ut quod incertum utraque actio petit. Haec quasi copula intercedit inter stricti juris bonaeque fidei actiones; ipsaque incerti condictio transitum ex stricto jure ad bonam fidem facere videtur. Qui transitus in iis potissimum casibus ad summam evidentiam pervenit, in quibus incerti condictio et bonae fidei actio quaedam eundem prorsus effectum habent invicemque concurrunt. In his enim bona fides ad strictum jus descendere, hoc autem invicem ad illam ascendere videtur. Cujus rei unum tantum exemplum proponam instar omnium; l. 35. D. de servit. praed. urban. (Marcianus): „si binarum aedium dominus dixisset eas, quas venderet, servas fore; sed in traditione non fecisset mentionem servitutis, vel ex vendito agere potest, vel incerti condicere, ut servitus imponatur." Haec hactenus de incerti condictione. Meminimus autem bifariam illius di-

visionis omnium condictionum; sc. condictionis si certum petetur et condictionis triticiariae. Unde oritur quaestio, cui parti adscripta fuerit incerti condictio? Illa autem divisio quum ex re videatur sumta, quae per condictionem petitur; et quum praeterea manifestum sit, incertum esse posse omne praeter pecuniam: sequitur inde, incerti condictionem partem facere triticiariae condictionis, vel, ut aliis verbis utar, triticiariae condictionis ambitus atque provincia postea additis iis casibus, in quibus incertum condicebatur, aucta est. Hoc autem probat Ulpianus in l. 1. pr. D. de cond. tritic. Descripta enim prius triticiaria condictione, sic pergit: „quare fundum quoque per hanc actionem petimus; etsi vectigalis sit; sive etiam jus stipulatus quis sit, veluti usumfructum vel servitutem utrorumque praediorum". Juris autem stipulationem incerti condictionem progignere, supra demonstravi. —

Quae optima occasio est, de condictione certi generali, ut vocant, tractatum subjicere. Toti autem de condictione generali doctrinae ansam dedit l. 9. D. de R. C., ad quam talem tractatum subjicit glossa: „certi condictio; sc. generalis, quae continet sub se certi condictionem specialem, quae pro mutuo tantum datur; item triticiariam, quum haec ad omnia certa competat: illa vero ad pecuniam numeratam non datur, licet e contra et illa habeat sub se hanc: quia illa ad incerta datur, haec non; unde se habent ut excedentia et excessa". Eodem paene modo et Azo loquitur in summa in codicem, ubi sic est: „Est autem sciendum, quod ubi certum quid est in obligatione, datur condictio certi generalissima, quae competit ex omni causa et ex omni obligatione, sive sit nata ex certo contractu, sive ex incerto, dum tamen sit pura obligatio", et paulo post: „est et certi condictio specialis, quae competit in solo mutuo: et haec a quibusdam dicitur, si certum petatur, ut sit proprium ejus

actionis nomen. Ego autem non ita voco eam, sed certi condictionem specialem pro mutuo". — Et ne quis ex his locis colligere praesumat, certi condictionem generalem glossatoribus genus tantummodo summum fuisse, in quo singulae species omnes continerentur, cujusque ambitus per singulas has species omnes penitus expleretur, ita ut nullus relinqueretur casus, qui solam generalem certi condictionem exhiberet, subjiciam locos eorundem glossatorum alios, qui contrarium doceant. Glossa ita quaerit: „cur haec actio (sc. condictio certi generalis) fuit inducta, quum speciales sufficiant"? Respon.: „non semper specialis datur, ut ubi stipulor. Sed nonne competit specialis ex stipulatione? Sed non dicebat esse specialem ex stipulatione. Item est bonum exemplum: stipulor factum et peto interesse, nam hic sola generalis locum habet". Eodem modo Azo ad titulum C. de cond. ob caus. dat. affirmat: „generalem fore semper competere cum speciali". — Quae condictio certi generalis traditione hominum usque ad nostra tempora, inde a domino Azone pervenit, summaque apud omnes auctoritate floruit. Neque ingrato animo haec passa est. Nam ubicunque eorum, qui eam colebant, quis angustiis locorum laborabat, ipsa praesto erat subsidiumque ferebat. Sed tota haec res sine fundamento est. Illa enim l. 9. de R. C., quae condictionem certi generalem glossatoribus introducere videbatur, nil aliud mihi probare videtur, quam unam tantum esse condictionem, ejus autem diversissimas species. Initio enim generaliter Ulpianus admonet, innumeras esse condictionis species. Ubicunque enim praesens quaedam est obligatio, ibi certum condici potest. Id enim per se intelligitur, etsi incertus sit contractus, ex quo obligatio oritur, velut bonae fidei contractus, aut incerti stipulatio, attamen nil obstare, quominus certa pecunia aut certa quaedam res ex tali contractu peta-

tur. E. g. qui hominem emit nec traditum accipit, et ex empto agere potest; et hominem condicere; et id genus alia innumerabilia. Tum deinde (§. 1.) quasdam species condictionis enumerat, veluti ex lege aquilia, ex causa furtiva et reliqua. Haec tamen exempla tantum esse ad illustranda ea, quae generaliter de natura condictionis praefatus est, et id argumentum est, quod ipse statim ad examinandas quasdam alias species accedit, quas dignum habere tractatum dicit, an haec condictio ad petitionem earum sufficiat. Secundum haec igitur pro certo affirmare audeo, nullam in juris nostri fontibus inveniri certi generalem condictionem, quae diversam ab illis, quas enumeravi, speciebus, provinciam occupet, propriisque juris regulis consistat. — Breviter igitur repetitis quaecunque disserui de re, quae per condictionem petitur, manifestum est, inde a pecunia mutua numerata sensim sensimque primum ad ceteras res, quae mutuum recipiunt, deinde ad omnem certam rem, postremo denique et ad incertum factum esse transitum; omnes tamen, sive certae sint sive incertae, sive certum per eam petatur, sive triticiaria vocetur, ad unum genus se referre, unamque strictam exhibere naturam, quamvis incerti condictionem propius jam ad bonae fidei actiones accedere, negari nequeat.

II. Certa autem pecunia, quae mutuo datur, in debitoris dominium transeat necesse est. Ille enim solus, qui nummorum fit dominus, ad reddendum obligatur, neque aliter re contrahi obligatio intelligitur, nisi si nummi accipientis fiant. Mutuum igitur contracturi nummos numerando in hoc damus, ut accipientium fiant, et quandoque nobis non iidem sed alii ejusdem naturae et qualitatis reddantur. Unde etiam mutuum appellatum est, quia ita a me tibi datur, ut ex meo tuum fiat. Et ex eo contractu nascitur actio, quae vocatur condictio. Conf. pr. I. quib. mod. re.

Totius igitur hujus obligationis, quae ex mutuo oritur, fundamentum est res alteri in hoc data, ut accipientis fiat, et quandoque non ipsa sed alia ejusdem qualitatis reddatur. Quae reddendi obligatio, ut ita dicam, per se intelligitur, neque aliunde vires sibi assumit, sed sola ex re tradita. Quod bene sentientes jurisconsulti veteres „ex jure gentium introductum esse mutuum" dicunt; arg. §. 2. I. de jure natur. Theophilus, par. I. 2. §. 2.; — vel etiam: „naturalem esse obligationem"; arg. l. 15. pr. de condict. indeb.; — vel „rem traditam jure naturali facere obligationem". Possimus ergo ex mutuo obligationem obligationem κατ' ἐξοχὴν nominare. Itaque nulli paradoxon videatur, si, quae naturalissima est obligatio, eandem et civilissimam nominemus. Quae ita vera sunt, ut ex hac ipsa naturali obligatione sumta sit forma, in quam civilia negotia omnia redigerentur. Quod latiore expositione non indiget, quum jam supra hanc fuisse nexi vim atque naturam demonstraverim. Ex nexo autem effluxit stipulatio, ita ut, si originem spectas, qui stipulanti promittit, veluti per mutuum acceptum illi obligatus videatur. Huic autem verborum obligationi accedit et illa litterarum, quae per accepti et expensi codices facta fuisse videtur. Haec autem expensilatio mutuum non fingit tantum, sed et facit. Ejusdem naturae est illa heredis obligatio ex testamento, uti legatariis solvat legata. Nam et ipse, quum per aes et libram sit obligatus, veluti ex mutuo teneri videtur. Ex illa autem verborum obligatione, quae per solennem interrogationem et responsionem fit, effluxisse videntur illae simpliciores verborum obligationes, quas dotis dictionem et jusjurandum liberti veteres nominarunt; de quibus singulis quaedam subjiciam.

Dos aut datur, aut dicitur, aut promittitur. Dotem dicere autem tres tantum personae possunt velut exceptae: mulier ipsa et pater ejus, et debitor ipsius

mulieris, si pecuniam, quam illi debebat, sponsae creditricis ipse debitor in dotem dixerit. arg. Gaji epitome I. l. II., t. 9. §. 3. Fit autem dotis dictio nulla praecedente interrogatione per simplicissima verba dicentis: „dos est". Ita enim apud Terentium invenitur Andria, act. V. s. 4. v. 46.: „Ch. dos, Pamphile, est talenta quindecim. — Pa. accipio". — Aliae vero personae, exceptis tribus illis, si pro muliere dotem viro promiserint, communi jure obligari debent, id est, ut et interrogatae respondeant et stipulata promittant. Dotis dictio igitur et ipsa verborum obligatio est, nudata tamen illa stipulationis solennitate, sicuti ipsa stipulatio ex nexo orienda erat, sublata illa nexi solennitate. Postea tamen et ipsa illa dictionis forma per legem Theodosii et Valentiniani sublata, effectumque est, ut ad exactionem dotis qualiacunque verba sufficerent, et hoc in quacunque promittentis persona. arg. l. ult. C. theod. de dotibus: „ad exactionem dotis, quam semel praestari placuit, qualiacunque sufficere verba censemus, etiamsi dictio vel stipulatio in pollicitatione rerum dotalium minime fuerit subsecuta." (a. Ch. 428.) — „Item et alio casu, ut Gaji verbis utar l. c. §. 4., uno loquente et sine interrogatione alii promittente, contrahitur obligatio, i. e. si libertus patrono aut donum aut munus aut operas se daturum esse juravit, in qua re supradicti liberti non tam verborum solennitate, quam jurisjurandi religione retinentur. Sed nulla altera persona hoc ordine obligari potest." —

Ita igitur dotis dictio et jusjurandum liberti stipulationi se adjungunt, sicut ipsa stipulatio una cum heredis obligatione ex testamento et litterarum obligatione mutuum ut ducem genitoremque sequuntur. Ex his igitur omnibus obligationibus, quae, si originem earum spectes, mutui fictionem continent, sicut ex ipso mutuo condictio oritur. Quae singula exem-

ptis proboque supersedeo, secundum ea, quae supra jam de condictionis natura et specialiter ad l. 9. D. de R. C. exposui.

Omnes autem illae obligationes, quibus mutui fictionem inesse supra demonstravi, et in eo concurrunt, quod in iis omnibus, sicut in mutuo manifestissimum est, reus sine causa quid in bonis habere arguitur. Qui pecuniam accepit, nec solvit statuto tempore, eum pecuniam hanc sine causa in bonis habere nemo negabit. Eodem modo heres, qui legata solvere detrectat, legatorum summam sine causa tenet. Sed et illi, qui litteris vel verbis in debitum inciderunt, nec promissa solvunt, in eadem causa sunt. Unde et mutui illa fictio confirmatur; nam quicunque sine causa habet, re obligatus videtur ad reddendum. Sicuti autem pecuniam mutuo datam naturaliter obligationem facere supra vidimus, ita et hanc eorum obligationem, qui quasi re obligati sunt, ex bono et aequo descendere, ipsa rei natura docet, et multa digestorum fragmenta confirmant. Quae laudandi infra melior occasio erit.

Huic autem generi casuum, in quo mutui fictio efficit, ut debitor re obligatus videatur et condictione teneatur, accedit alterum tales casus continens, in quibus non per fictionem sed re vera quis re obligatur, nec tamen mutuum est. Quod totum genus optime me illustraturum puto, si praemisero fragmentum Celsi, quod exstat in l. 32. de R. C.: „si et me et Titium mutuam pecuniam rogaveris et ego meum debitorem tibi promittere jusserim, tu stipulatus sis, quum putares eum Titii debitorem esse, an mihi obligaris? Subsisto, siquidem nullum negotium mecum contraxisti. Sed propius est, ut obligari te existimem, non quia pecuniam tibi credidi (hoc enim nisi inter consentientes fieri non potest), sed quia pecunia mea, quae ad te pervenit, eam mihi a te reddi, bonum et aequum est."

Haec extrema verba summi momenti sunt, quippe generalem sententiam continent et ad omnes casus spectant, in quibus ideo quis condictione tenetur, quod alterius res ad eum pervenit. Unde manifestum fit, non pecuniae tantum, quae mutui causa ab altero ad alterum pervenit, condictionem dari, quamvis haec antiquissima sit condictionis causa, sed cujuscunque rei, quae alterius apud alterum sine causa invenitur. Haec autem extrema verba duplicem tractatum recipiunt. Quaerendum enim est primum, quid alterius apud alterum esse dici possit, et deinde quod apud alterum est, quando sine causa apud eum inveniatur. — Quod autem primam quaestionem attinet, omnis res, quae alteri traditur, aut statim fit accipientis, aut in ejus remanet dominio, cui adhuc subjecta fuerat. In hoc vero secundo casu, sive pecunia sit tradita, sive alia quaedam res, numquam oritur condictio, quae secundum mutui naturam omnimodo requirit, ut res accipientis facta fuerit. Socius igitur, qui communem pecuniam numeravit, non alias creditam efficit, nisi ceteri quoque consentiant, quia suae partis tantum alienationem habuit. Sed si propriam pecuniam mutuam dedit, omnimodo creditam pecuniam facit, licet ceteri dissenserint; arg. l. 16. D. de R. C. Illo igitur casu solo condictio nascitur, ubi credita facta est pecunia. Quod et in ceteris rebus obtinet. Pomponius enim in l. 15. de cond. c. d. c. n. s. talem speciem proponit: servus meus in suspicionem Attio venit; dedi eum in quaestionem Attio sub ea causa, ut, si id repertum in eo non esset, redderetur mihi. Attius eum tradidit praefecto vigilum, quasi in facinore deprehensum. Praefectus vigilum eum summo supplicio affecit. In hac specie agere me posse, Pomponius ait, cum Attio, „dare eum mihi oportere." Sed Proculus adjicit, hoc ita demum verum esse, si fecissem Attii hominem. Unde manifestum fit, eum demum condictione teneri,

in cujus dominium res transiit. Hunc vero, in cujus dominium res transiit, sola re obligari, et id argumentum est, quod et ignoranti illi obligationem acquiri constat. Id enim testantur verba Pomponii in L. 12. de R. C.: „si a furioso, quum eum compotem mentis esse putares, pecuniam quasi mutuam acceperis, eaque in rem tuam versa fuerit, condictionem furioso acquiri, Julianus ait; nam ex quibus causis ignorantibus nobis actiones acquiruntur, ex iisdem etiam furioso acquiri." — Accedit et aliud argumentum, illud sc. quod qui re accepta obligatur, per pactum illud, quod in pariationibus adscribi solet: „ex hoc contractu nullam inter se controversiam amplius esse," non liberatur, neque condictio inhibetur. (arg. l. 67. §. 3. D. de cond. ind. — Postremo et illud haud minimum argumentum duco; quod, ut Ulpiani verbis utar in l. 36. D. de O. et A.: „cessat ignominia in condictionibus, quamvis ex famosis causis pendeant." Sola igitur rei traditio et acquisitio obligationem facit. —

E contrario autem, ubicunque res, quamvis tradita, accipientis facta non est, condictione repeti non potest. Potest tamen ex postfacto suppleri, quod initio defuerat; tum, licet ab initio non teneat condictio, ex postfacto tamen reconciliatur. Id autem duobus praesertim modis fieri arbitror, usucapione et consumptione.

Usucapione autem reconciliatur, verbi gratia si is, cui credidi pecuniam alienam, pro suo possidendo, usucapiet antequam consumat. Quod quum nil omnino singulare habeat, confero me statim ad consumptionem.

Consumptione autem reconciliatur condictio, ut si tibi ex causa mutui pecuniam alienam, quam etiam sumpsi, numero, et tu eam consumpseris in totum. Si autem consumpseris pro parte, forte quia admonitus fuisti, pecuniam alienam fuisse et ideo voluisti consumere in totam, teneberis pro parte consumta tamen.

Consumptio vero pecuniae intelligenda est fieri hoc ipso quod miscetur cum alia, nec alia discerni potest vel separari; non autem exigitur, quod desierit esse. — Quod autem dicitur, ex consumptione ideo oriri condictionem, quia consumptione res ejus fiat, cujus per traditionem nondum fuerat facta, hoc mihi juris ratio pati non videtur. Illi enim nummi furtivi, qui propriis meis commixti, separari ab iis non possunt, hoc ipso quod discerni nequeunt, mei nequaquam fiunt, sed manent ejus, cujus et antea fuerant. Quia tamen vindicari non possunt, measque augent fortunas per illam ipsam discernendi impossibilitatem, bonum et aequum videbatur, consumptorum condictionem dare velut ex mutuo. — Idem observari potest, si nummis illis furtivis quasi meis usus sum, veluti alii in mercedem operis dependi. In hoc enim casu nihilo magis nummi illi mei fiunt; quia tamen in propriam utilitatem eos consumpsi, ideo ex bono et aequo datur in me consumptorum condictio. Unde manifestum fit, consumptionis naturam eam esse, non ut rem ipsam, veluti nummos nostros faciat, sed ut ipsius rei pretio postquam consumpsimus, locupletiores facti videamur. — Sicut autem mutuum vel quaecunque alia res in alterius dominium translata, jure naturali facit obligationem, ita et, ubi quis alienam rem sibi traditam consumpsit, ipsa aequitas non patitur, alterum cum alterius damno fieri locupletiorem. Et si quis recte mutui naturam inspiciat, et illud bene teneat, quod mutua pecunia in id datur, ut accipientis fiat et quandoque non ipsa, sed alia ejusdem naturae et quantitatis reddatur: is profecto haud ita magnam diversitatem inveniat inter illam condictionem, quae ex mutuo, et hanc, quae ex consumptione oritur. In utroque enim casu non ipsa res condictione petitur, sed alia ejusdem naturae et pretii. Quae similitudo et manifestior fit, si illud memineris, mutuum et sine numerata pe-

cunia fieri posse; et praeterea saepius rem quandam condici ab actore bene sciente, vel jam diu eam interiisse, vel certe reum possidere desiisse.

De quibus singulis quaedam addam.

Et primum videamus, quibus modis extra pecuniam certam numeratam traditam alteri mutuum contrahi possit.

Loquimur autem non de illis casibus, ubi quis per litteras aut per verba se obligat; sed de illis tantum, ubi res quaedam et causa subest, cui tamen ab initio mutui natura non inest, sed ex postfacto tantum inditur. Hujusmodi autem quatuor casus in juris nostri fontibus invenio, quos omnes Africanus uno contextu nobis proponit in l. 34. pr. D. mandati. —

Prima species haec est: pecuniam apud te depositam convenit ut creditam habeas. Hic quam primum nummis fueris usus, dominium eorum ad te transit, itaque deposita pecunia credita fit, „quia nummi qui mei erant, tui facti sunt".

Secunda autem illa est, ubi a debitore meo jussero te pecuniam accipere. Quae species dignum tractatum recipit, num sufficiat, ut mutuum inde oriatur. Quod minime videtur, si strictissime interpreteris. Eo enim ipso, quod debitor meus per mutuum nummorum dominus factus est, si postea tibi solverit, nil ex meo dominio in tuum videtur profectum, neque ut in prima specie mei nummi tui facti sunt. Quia tamen haec quasi brevi manu traditio haberi potest, et in hac secunda specie mutuum benigne receptum esse, Africanus testatur. Haec enim benignitatem juri gentium, ex quo mutui obligatio oritur, optime congruere, nemo non videt. — Tertia autem et quarta species a mutui natura longius recedunt, ita ut Africanus mutuum inesse neget. Quia tamen Ulpianus contrarium sentit, et has subjiciam. Quum enim mutuam pecuniam dare vellem, neque haberem, argentum venden-

dum tibi dedi, ut quod inde redacta esset, ut mutua apud te remaneret pecunia. Ita autem pecuniam creditam non fieri Africanus ait, sed te ut procuratorem actione mandati obligatum fore, ut pecuniam ex argento redactam et usuras de quibus convenerit, praestare debeas. Quae quamvis strictior sit sententia, attamen illa Ulpiani benignior videtur. Proponit enim talem speciem in l. 11. init. D. de R. C.: „rogasti me, ut tibi pecuniam crederem. Ego quum non haberem, lancem tibi dedi vel massam auri, ut eam venderes et nummis uteveris; si vendideris puto mutuam pecuniam factam". Idem inest l. 17. D. de praesc. verb. —

Altera autem species, quae an mutuum contineat, ambigitur, haec est: qui negotia Lucii Titii procurabat, is quum a debitoribus ejus mutuam pecuniam exegisset, epistolam ad eum misit, qua significaret, certam summam ex administratione apud se esse, eamque creditam sibi se debiturum cum usuris semissibus. In hac specie non esse creditam pecuniam Africanus respondit et adjicit: „alioquin dicendum, ex omni contractu, nuda pactione, pecuniam creditam fieri posse". Ulpianus autem creditam pecuniam factam esse putat; arg. l. 15. D. de R. C. Haecque benignior sententia postea expressis verbis ab imperatore Diocletiano comprobata est; arg. l. 8. C. si cert. pet. —

In his igitur casibus omnibus, in quibus pecunia ab aliquo petitur mutua neque tamen antea numerata est, non certam quandam rem petimus, quum nulla sit a me ad te profecta, sed solutius aequitatem sequentes tantam pecuniam condicimus, in quantum alter ex nostra substantia locupletior intelligitur factus esse. —

Idem observatur in iis casibus, ubi quis sciens jam interiisse aut apud reum esse desiisse, rem quandam condicit ea sola intentione, ut pretium, quod sine causa apud alterum esse videtur, consequatur. Qui

autem sciens vel dolo quid desiit possidere, ad pretium rei tenetur, quanti ipsa est; arg. l. 65. §. 8. D. de cond. ind.: „si servum indebitum tibi dedi eumque manumisisti, si sciens hoc fecisti, teneberis ad pretium ejus; si nesciens, non teneberis, nisi propter operas ejus liberti et ut hereditatem ejus restituas". Qui vero nesciens et sine dolo rem possidere desiit, in id tantum tenetur, quantum ex ea re ad eum pervenit; arg. l. 26. §. 12. D. eod. (Ulpianus): „interdum licet aliud praestemus, aliud condicimus; ut puta fundum indebitum dedi et fructus condico, vel hominem indebitum et hunc sine fraude modico distraxisti; nempe hoc solum refundere debes quod ex pretio habes, vel meis sumtibus pretiosiorem hominem feci. Nonne aestimari haec debent? Haec profecto pretii condictio simillima est illi, quae oritur ex consumptione; in utroque enim casu non certa quaedam res, sed pretium inde redactum, quo alter ex re mea locupletior videtur factus, condicitur. — Redeo nunc unde egressus sum. Consumptione igitur ex postfacto reconciliatur condictio, ubicunque aliqua causa impedimento est, quominus ab initio res, quae traditur, accipientis fiat. Haec autem impedimenta aut in qualitate personae litigatoris aut in accipientis animo sita sunt. In personae qualitate, veluti si servus fugitivus contra voluntatem domini nummos tibi crediderit. Hic non facit pecuniam accipientis. Quid ergo? Vindicari nummi possunt si exstant; aut, si dolo malo desinunt possideri, ad exhibendum agi. Quodsi sine dolo malo consumpsisti, condici tibi poterunt"; arg. l. 11. §. 2. D. de R. C.; l. 53. D. de cond. ind. — Idem est, si fur nummos tibi credendi animo dedit; accipientis enim non facit, sed consumtis eis nascitur condictio; arg. l. 13. pr. D. eod. — Tertia species illa est, ubi pupillus vel pupilla sine tutoris auctoritate mutuam pecuniam alicui dederit. Hic enim non contrahit obli-

gationem, quia neque pupillus neque pupilla ullam rem sine tutoris auctoritate alienare possunt, et ideo pecuniam non faciunt accipientis. Nummi igitur vindicari possunt, sicubi exstant. Sed si ab eo, qui accepit, bona fide consumpti sunt, condici possunt, si mala fide, ad exhibendum de his agi potest; arg. §. 2. I. quibus alien. lic.; l. 14. §. 8. D. de sol. et lib. — Idem observatur in furioso et in eo, cui bonis interdictum est. „Nam in his personis generaliter repetitioni locum esse non ambigitur. Et si quidem exstant nummi, vindicabuntur, pro consumptis vero condictio locum habebit"; arg. l. 29. de cond. ind. Et hoc est quod dicitur: „personam locum facere repetitioni". —

In dantis vero animo situm est impedimentum, veluti si ego tibi pecuniam quasi donaturus dedero, tu quasi mutuam accipias. In tali enim casu Julianus scribit, donationem non esse. „Sed an mutua sit? videndum. Et puto, nec mutuam esse, magisque nummos accipientis non fieri, quum alia opinione acceperit. Quare, si eos consumpserit, licet condictione teneatur, tamen doli exceptione uti poterit, quia secundum voluntatem dantis nummi sunt consumti." Ita Ulpianus in l. 18. pr. D. de R. C. — Alia species haec est: „si ego quasi deponens tibi dedero, tu quasi mutuam accipias, nec depositum nec mutuum est. Idem est, etsi tu quasi mutuam pecuniam dederis, ego quasi commodatam ostendendi gratia accepi. Sed in utroque casu consumptis nummis condictioni sine doli exceptione locus erit." Ita Ulpian. l. c. §. 1. —

In his igitur casibus consumptione reconciliatur condictio. — In hac autem quaestione duas controversias exortas esse video. Prima: qualis sufficere possit consumptio, num ea, quae bona fide fit, an et illa, quae a sciente dolo malo peragitur? secunda vero de nomine et qualitate hujus condictionis, quae ex

consumptione oritur. — Quod primam controversiam attinet, nil referre arbitror, utrum bona an mala fide consumpta sit res. Neque profecto huic sententiae adversantur loci illi, in quibus de bona fide consumptis condictionem dari legimus, (l. 11. §. 2. D. de R. C. et §. 2. I. quib. alien.). Quum enim certissimum sit jus, ut de iis, quae quis mala fide consumpsit, ad exhibendum teneatur (arg. l. 5. §. 2. l. 9. §. 3. l. 17. D. ad exhibi), haecque actio actori plenius consulat propter ipsius actoris jusjurandum in litem, quam illa stricti juris condictio: neminem mirum habere potest, quod ad recuperanda ea, quae mala fide consumpta sunt, sola ad exhibendum actio sit nominata. Non enim id agit Ulpianus, ut omnem condictionis usum exponat, sed ut, quid singulis casibus magis expediat, indicet. Hoc vero per l. 65. §. 8. D. de cond. ind. extra omnem ponitur dubitationem. Ibi enim Paulus indebiti condictione rem mala fide consumptam repeti posse testatur. Haec tamen differentia est, quod qui bona fide consumpsit, id tantum restituere debet, quanti ipsi consumpta res valuit, qui vero mala fide, quanti illi, cujus erat. arg. l. 26. §. 12. D. de cond. ind. — Unde illud manifestum fit, in idem porro teneri bonae malaeque fidei possessorem, quoties de nummis res agitur, quum eorum certissima sit aestimatio, plusque ex quantitate, quam ex qualitate valeant. —

Diversa est illa altera controversia de condictionis genere. Sunt enim qui condictionem sine causa hic locum habere dicant. Alii autem (e. g. Pütter. adver. l. XII. c. 4.) singularem ad hoc speciem constituunt, quam „de bona fide consumptis" vel „de bene depensis" nominant. Quam ego utramque opinionem rejicio. Ex superioribus enim intelligitur, unam esse condictionem, eamque toties locum habere, quoties alter ex alterius substantia locupletior videtur, nec referre, utrum ab initio res in alterius dominium transie-

rit, in eam postfacto per consumptionem redacta fuerit. Unde et illud sequitur, non illam solum condictionis speciem hic locum habere posse, quae appellatur sine causa, sed et aliam quamcunque, veluti indebiti, siquidem res indebito soluta postea consumpta est.

Ex his autem omnibus quaecunque de consumptione disserui, illud manifestum fit, rem antequam consumta sit, vindicari posse. Unde intelligitur, vindicationem et condictionem, quamvis diversissimis conditionibus fulciantur et contrariis porro juris regulis constent, attamen, quod usum attinet, proxime ad sese invicem accedere. Cujus rei jam exempla quaedam supra laudavi: l. 11. §. 2. D. de R. C.; §. 2. I. quibus alien.; l. 29. de condict. ind. — Accedunt l. 3. C. de condict. ex lege; l. 40. de cond. ind.; l. 22. §. 2. D. de pign. act.; l. 5. de noxal. action.; §. 3. I. de emt. vend.; §. 19. I. de oblig. quae quasi ex del. — Sed exstat et alius casus, in quo eadem causa et vindicationem et condictionem proferre, omnisque utriusque actionis diversitas neglecta videtur. Qui enim mortis causa donationem in alterum confert sic, ut si mors contigisset, tunc haberet cui donatum est; sine dubio donator poterit rem vindicare, mortuo eo tunc is cui donatum est; arg. l. 29. init. D. de mort. caus. donat. Paulus autem in l. 12. D. de cond. caus. dat. donatorem, quum convaluisset, donationem condicere posse ait. Hoc vero tum potissimum locum habuisse condictionis natura docet, si sic donavit, ut jam nunc haberet, redderet autem, si convaluisset, vel de proelio vel peregre rediisset. Quia vero haec diversitas verbis potius quam re fulcitur, et in jure civili captari verba non debent, et in illo secundo casu defendi posse, Ulpianus ait, in rem competere donatori actionem, si quid illorum contigisset, interim autem ei, cui donatum est. — Hic autem vindicationis et condictionis concursus talis est, ut per eum confirmata

potius quam sublata videatur utriusque actionis diversitas. Hoc vero et constitutio impp. Valeriani et Gallieni confirmat in l. 1. C. de donat. quae sub mod. Singulare enim jus eo casu constitutum esse dicunt, ubi quis ea lege alteri donavit, ut certa sibi alimenta praeberet. Cui legi si donatarium obtemperare noluerit, ei qui donavit, vindicatio datur, qua dominium pristinum sibi restituatur. „Nam non solum condictio tibi quidem in hoc casu, id est in personam actio, jure procedit, verum etiam vindicationem quoque divi principes in hoc casu dandam esse sanxerunt". Quod singulare jus esse simul constitutionis verba et alimentorum favorabilior causa et vindicationis natura pro certo docent. In ceteris ergo omnibus casibus non simul utraque actio in usu esse potest; sed postquam vindicari posse res desiit, tum demum pretii datur condictio. Quod autem in una persona ita observari vidimus, hoc et in duabus locum habere debet. Quod et Africanus in l. 23. D. de R. C. testatur his verbis: „si eum servum, qui tibi legatus sit, quasi mihi legatum possederim et vendiderim, mortuo eo posse mihi pretium condicere Julianus ait, quasi ex re tua locupletior factus sim". Antequam enim mortuus sit, datur viventis vindicatio in possidentem. conf. l. ult. de negot. gest., l. 17. pr. d. R. V. Ad totam hanc expositionem deductus sum occasione consumptionis, per quam condictionem ex postfacto reconciliari probavi. Summa autem totius mihi videtur in eo consistere, quod in condictione quaecunque ad originem causamque ejus spectant, omnia aequitate et naturali jure regi vidimus. Hoc tralatitium est. Confirmatur autem simulque et illustratur per illa quae nunc de substantia condictionis et de personis, quibus et in quos datur, breviter exponere aggredior.

Quum igitur illud ex aequitate sumtum videatur, ut ejus condictio detur quodcunque alterius apud ad-

terum sine causa invenitur, vel quodcumque alterum sine causa locupletari videtur, vel qua ex re alter locupletior fit: manifestum est, et ipsam quantitatem, qua alter locupletior videtur, quaeque repetitioni locum facit, ex bono et aequo recipere aestimationem. Quae mihi praecipua causa videtur, quare in indebiti condictione non ejus quod civiliter indebitum est, sed et ejus, quod natura tantum debetur, ratio habita fuerit. Qua de re infra plura addam. — Sed eadem causa et alios tulit effectus, in quibus et illum, quod qui bona fide consumpsit, velut hominem vendidit, non integrum ejus pretium, sed id tantum, quanti ipse vendidit, licet minimum fuerit pretium, restituere cogitur. Idem est et si habitationem bona fide locavi. Tum enim id tantum, quanti ipse locavi, repeti potest, non quanti actor locaturus fuisset. Ad haec exempla accedunt et alia. Accipe speciem a Scaevola propositam in l. 67. D. de cond. ind. Servus ab eo, quem dominum suum arbitrabatur, libertate accepta, si certam pecuniam annuam solvisset, postquam eam quantitatem per octo annos solvit, comperit, se ingenuum esse, et ita pronuntiatus est. „Quaesitum est, an pecuniam, quam heredibus dedit, ut indebitam datam repetere, et qua actione possit? Respondit: si eam pecuniam dedit, quae neque ex operis suis, neque ex re ejus cui bona fide serviebat, quaesita sit, posse repeti". Quod enim ita quaesitum est, repeti contra bonam fidem est. Eadem bonae fidei ratio in definienda re, quae condicitur, egregie illustratur per negotium, quod ab Ulpiano in l. 5, §§. 3, 4. D. de cond. C. etc. narratur; quem locum igitur verbotenus transcribere e re erit: „sed si acceperit pecuniam ut servum manumittat, isque fugerit prius quam manumittatur, videndum an condici possit quod accepit? Et si quidem distracturus erat hunc servum et propter hoc non distraxit quod acceperat ut manumittat, non oportet ei

condici. „Plane cavebit, ut, si in potestatem suam pervenerit servus, restituat id quod accepit, et eo minus, quo vilior servus factus est propter fugam. Plane si adhuc eum manumitti velit is, qui dedit, ille vero manumittere nolit propter fugam offensus, totum quod accepit, restituere eum oportet. Sed si eligat is qui decem dedit, ipsum servum consequi, necesse est, aut ipsum ei dari, aut quod dedit restitui. Quodsi distracturus non erat, oportet id, quod accepit, restitui, nisi forte diligentius eum habiturus esset, si non accepisset ut manumitteret; tum enim non est aequum, eum et servo et toto pretio carere (§. 4.). Sed si ubi accepit ut manumitteret, deinde servus decesserit, si quidem moram fecit manumissioni, consequens est ut dicamus, refundere eum quod accepit; quodsi moram non fecit, sed quum profectus esset ad praesidem vel apud quem manumittere posset, servus in itinere decessit, verius est, si quidem distracturus erat vel eo quoque ipse usurus, oportere dici, nil eum refundere debere. Enimvero si nihil eorum facturus erat, ipsi adhuc servum obiisse; decederet enim etsi non accepisset ut manumitteret, nisi forte profectio manumissionis gratia morti causam praebuit, ut vel a latronibus sit interfectus, vel ruina in stabulo oppressus, vel vehiculo obtritus, vel alio quo modo, quo non perisset, nisi manumissionis causa proficisceretur". — Sed velim et hunc casum consideres. Fullo vestimenta lavanda conduxit; deinde amissis eis domino pretium ex locato conventus praestitit. Postea dominus invenit vestimenta. Hic profecto iniquum est, dominum et vestimenta et pretium eorum simul habere, et ideo Cassius et Ulpianus non ex conducto solum agere, sed et condicere pretium posse dicunt; arg. l. 2. D. de cond. sin. caus. — Ex eadem aequitate et illud descendit, quod interdum, licet aliud praestemus, aliud condicimus, ut est in l. 26. §. 12. D. de cond. ind. Huc

pertinet illud, cujus exempla jam supra proposui, scil. quod qui rem dedit pretium condicit. Eodem vero et illud pertinet, quod qui pecuniam dedit poculo inde facto, vel ex vasis mustum et vinacia, vel bove dato et corium et carnem et cornua jure condicere potest. Quae, quamvis in furtiva condictione exposita invenimus exempla (l. 13, 14. §§. 1, 2, 3. D. de cond. furt.), tamen nil obstare arbitror, quominus haec generalia sint. — In his ipsis exemplis bona fides et eo arguitur, quod in condictione poculorum et caelaturae aestimatio fit, quae impensa furis facta est, quemadmodum, si infans surreptus adoleverit, aestimatio fit adolescentis, quamvis cura et sumtibus furis creverit.

Eadem autem aequitas observatur in causa fructuum et usurarum earum rerum, quae per condictionem petuntur. Quamvis autem ad hunc locum illa sola quaestio pertineat, quid ex fructibus et usuris liceat repetere, attamen, ne errarem, paullo accuratius hac de re disserere. — Quaerentibus autem de usuris et fructibus et omni accessione in actione stricti juris, discernenda sunt tempora post litem contestatam et ante. Litis enim contestatio novam facit obligationem, in qua unusquisque tenetur ad restituendam omnem causam, i. e. quod natum ex re est, quod ipsi accessit, arg. l. 38. §. 7. D. de usuris: „quodsi acceptum est judicium, tunc Sabinus et Cassius ex aequitate fructus quoque post acceptum judicium praestandos putant, ut causa restituatur, quod puto recte dici." (Paulus) Haec autem juris regula non ex condictionis natura, sed potius ex illa nova obligatione oriri videtur. — Quod autem ipsam condictionem attinet, cum stricti juris actio sit, id tantum per illam consequimur, quod intentioni inserimus. Quod autem intentioni videatur insertum, jam supra latius exposui, ubi didicimus, non corpus solum quod nominatum est, sed et omne, quod cum eo ita cohaeret ut cum ipso corpore et hoc habiturus

essem, veluti servi hereditatem, in aestimationem venire. Haec igitur omnia cum ipsa re videntur petita; nec necesse, nec licitum etiam est, haec separatim petere, veluti servo condicto postea separatim hereditatem illi delatam sibi dari oportere intendere. — In iis autem rebus, quae quamvis ex condicta re oriundae sint, tamen, semel ab illa separatae, propriae res intelliguntur, longe aliter observatur; veluti in fructibus fundi condicti. Quamvis enim adversarius meus fundum mihi dare condemnatus sit, tamen et fructuum, quos inde percepit, aestimatio nequaquam ipso jure in condictionem fundi venit; neque enim, quum fundus petitur, et fructus peti videntur; quum alias qui servum petit, et hereditatem illi delatam petere videtur. Quorum casuum longe diversam naturam esse nemo non videt. Qui ergo et fructus consequi volet, separatim eos petere debet; arg. l. 38. §§. 1-3. D. de usuris. §. 2: „item si indebitum fundum solvi, et repeto, fructus quoque repetere debeo"; l. 7. §. 1.; l. 12. D. de cond. caus. dat. Haec autem fructuum indebiti fundi condictio et ipsa ex bono et aequo descendit; qui enim indebitum fundum per tot annos coluit, ex substantia mea fructuum pretio videtur locupletatus. Romae autem fidei possessor in eorum tantum pretium tenetur, quos ipse percepit; arg. l. 15. pr. de cond. ind.: „indebiti soluti condictio naturalis est, et ideo etiam quod rei solutae accessit, venit in condictionem; utputa partus, qui ex ancilla natus sit, vel quod alluvione accesserit; immo et fructus, quos is, cui solutum est, bona fide perceperit, in condictionem venient". Sed et impensas deducere aequitas suadet; l. 65. §. 5. D. eod. — Longe autem alia quam fructuum usurarum est causa. Hae enim nisi in stipulationem deductae, peti non possunt; arg. l. 3. C. de usur.; l. 24. D. de praesc. verbis. — Ex pacto igitur nullae praestantur usurae. Cujus rei causa ea est, quod qui

creditam accepit pecuniam, ad eam tantum summam reddendam obligatur, quam accepit. Unde et illud effluit, ut si novem dedero ut decem debeas, plus quam novem condicere non possim. E contrario autem nulla dubitatio est, quin is, qui decem accepit ut novem debeat, ipso jure in novem tantum teneatur, arg. l. 11. §. 1. D. de R. C. — Eadem denique de causa qui pecuniam ita solvit ut repetere possit, veluti indebitam, nullas consequitur usuras. Ille enim, qui indebitum accepit, in id tantum obligatur quod accepit. Neque igitur, si indebita repetatur sors, ipso jure in condictionem veniunt usurae, neque separatim condici possunt; arg. l. 22. D. de donat.; l. 1. C. de condict. ind.: „si quid igitur probare potueris, patrem tuum, cui heres exstitisti, amplius debito creditori suo persolvisse, repetere potes. Usurae autem ejus summae praestari tibi frustra desideras. Actione enim condictionis ea sola quantitas repetitur, quae indebita soluta est"; l. 4. C. de cond. ob turp. caus. — Cur autem indebiti fundi fructus peti possint, indebitae autem pecuniae usurae non possint, quum alias utraque eodem ordine haberi dicantur, ea ratio est, quod non, ut fructus naturales necessario in domini veniunt potestatem, ita et necessario pecuniam usurae augent. — Per omnia igitur discernitur aequitas, quae et illud efficit, ut, licet ab alio sit solutum velut indebitum, tamen interdum alius repetat; sicuti, licet interdum aliud solvimus, aliud deinde condicimus; arg. l. 5. de cond. ind. (Ulpianus): „nec novum, ut, quod alius solverit, alius repetat. Nam et quum minor XXV annis, inconsulte adita hereditate, solutis legatis, in integrum restituitur, non ipsi repetitionem competere, sed ei, ad quem bona pertinent, Antonio Titiano rescriptum est". Eandem paene speciem continet L. 8. §. 16. D. de inoffic. testam. (Ulpianus). — Nec quidquam condictionis naturae melius convenit, quae ex

re descendit, ita ut et ignorantibus nobis ex ea jus acquiri possit. Generalis igitur condictionis regula est, ut is repetat, ex cujus bonis res ad alterum est profecta, etiamsi alius tradiderit; arg. l. 46. eod. (Javolen.): „qui heredis nomine legata non debita ex nummis ipsius heredis solvit, ipse quidem repetere non potest; sed si ignorante herede nummos ejus tradidit, dominus eos recte vindicabit. Eadem causa rerum corporalium est". Neque l. 7. C. si cert. pet. difficultatem mihi movere videtur, cujus verba, quamvis contrarium affirmare videantur, attamen speciem a superioribus dissimilem continent. Diversitas enim in eo constat, quod in hac specie (l. 7. c.) is, qui pecuniam credidit, ut propriam numeravit, ignorante domino; in illa autem (l. 46. c.) heredis nummos et nomine heredis. Hic igitur qui solvit pro herede solvisse et illi omnia acquisiisse videtur; hic vero qui mutuam pecuniam dat, proprio nomine dat, sibique condictionem acquirit, quamvis nummi, quamdiu exstant, a domino, ex cujus substantia profecti sunt, vindicari possint. — Tenenda igitur est regula illa, non ei, qui tradidit, sed ei ex cujus substantia res tradita est, condictionem acquiri. — In iis autem casibus, in quibus ex sua quis substantia rem alteri tradit, non proprio sed tertii cujusdam nomine, non ei, unde res quae datur oriunda est, sed ei, cujus nomine data est, competere condictionem multa fragmenta testantur. Proculus talem speciem exponit in l. 53. D. de cond. ind. — Dominus testamento servo suo libertatem dedit, si decem det; servo ignorante id testamentum non valere, data sunt mihi decem. Quaeritur, quis repetere potest? Proculus respondit: si non ipse servus peculiares nummos, sed alius rogatu servi suos nummos dedit, facti sunt mei, et quae dominus servi, cujus nomine dati sunt, per condictionem petere potest". Hoc juris ratio suadet. Adjicit

tamen idem Proculus: „sed tam benignius, quam utilius est, recta via ipsum, qui nummos dedit, suum recipere". — Hanc secundam regulam et Papinianus confirmat in l. 57. pr. D. eod. his verbis: „quum indebitum impuberis nomine tutor numeravit, impuberis condictio est". Ex hac igitur regula et illa quaestio dijudicatur, si indebitam pecuniam per errorem promiserim, hancque is, qui pro me fidejusserat, solverit, quis repetere possit, utrum fidejussor, qui meo nomine solvit, an ego, cujus nomine solutum est? Puto enim me repetere posse, cujus nomine solutum est. Hocque Celsus confirmat in l. 47. D. eod. ita discernendo: „ego existimo, si nomine suo solverit fidejussor, te fidejussori, stipulatorem tibi obligatum fore . . .; sin autem fidejussor suo nomine solverit quod non debebat, ipsum a stipulatore repetere posse . . .". Eadem causa est procuratoris; quod enim indebitum solvit, quia alterius nomine solvit, ipse repetere non potest; arg. l. 6. §. 3. D. de condic. ind. (Paulus): „neque tutores neque procuratores solventes repetere posse, neque interesse suam pecuniam, an pupilli vel domini solvant." Cum eo autem, qui nomine alterius solvit, ille non est confundendus, qui ut debitor meus tertio cuidam jussu meo solvit. Hi duo casus separatim tractari debent, ut Julianus in l. 7. D. de cond. c. d. c. n. s. facit. Proponit enim hanc speciem: „qui se debere pecuniam mulieri putabat, jussu ejus dotis nomine promisit sponso et solvit; nuptiae deinde non intercesserunt." Nuptiae non insecutae locum faciunt condictioni; haec autem competit illi, qui se debere mulieri putabat, neque debuit tamen; sponsus enim ex illius substantia locupletior factus videtur. Diversa causa est, si sciens se nihil debere, sponso solvit; hic enim donare voluit; ergo mulieris est actio, quoniam ad eam pertinet pecunia. Hoc ita Nerva et Atilicinus apud Julianum probant.

Si autem vere debitor fuisset, et ante nuptias solvisset, et nuptiae insecutae non essent, ipsum posse condicere ajunt, causa debiti integra mulieri ad hoc solum manente, ut ad nil aliud debitor compellatur, nisi ut cedat ei condictitia actione." —

Postquam autem vidimus, cui competat condictio, videamus nunc et illud, contra quem detur. Neque aequitas illud patitur, ut ab eodem semper, cui solutum est indebitum (e. g.), et condictione repetatur; veluti in hac specie: eum, qui vult mihi donare supra legitimum modum, delego creditori meo. Creditor ergo, quia suum petit, exceptione summoveri non potest; et nihilo magis ab ipso postea condictione solutum repetere licet; itaque condictione ego teneor, qui delegavi; arg. l. 5. §. 5. D. de doli mali et met. exc. —

Simillimam speciem refert Tryphoninus in l. 78. §. 5. D. de jure dot. his verbis: „si marito dotis nomine stipulanti promiserit per errorem is, qui exceptione tutus erat, nec solvat, cogetur ei solvere, et habebit condictionem adversus mulierem aut patrem, uter eorum delegavit, ob id quod indebitum merito promisit aut solvit." Idem esse in procuratore Papinianus testatur in l. 57 §. 1. D. de cond. ind. — Procurator enim ad hoc a creditore constitutus, ut huic debitum redderetur, majore pecunia soluta indebiti condictione convenietur. Quodsi nominatim, ut major pecunia solveretur, delegavit, indebiti cum eo, qui delegavit, erit actio; — tum enim ipse plus debito cepisse videtur.

Nil autem refert, utrum ab initio quis delegaverit, an postea per ratihabitionem suum negotium constituerit. Ergo ei, a quo exactum est, adversus eum datur condictio, qui ratum habuit; arg. l. 6. §§. 9. 10. D. de neg. gest. (Julianus). — Papinianus in l. 82. §. 5.

D. de furt. talem speciem affert. Titius, cujus nomine pecuniam perperam falsus procurator accepit, ratum habuit; hoc casu ei, qui pecuniam indebitam dedit, adversus Titium erit indebiti condictio. Illi enim, qui delegavit, et illi, qui ratum habuit, pecunia soluta videtur, et ab his igitur repetitur. Modestinus enim in regularum libro III. hanc regulam refert: „his solis pecunia condicitur, quibus quoquomodo soluta est, non quibus proficit;" arg. l. 49. D. de cond. ind. — Ad eandem regulam et illa quaestio moderanda est, si cum filio vel cum servo aliquid gestum sit, in quem detur condictio? Quia autem antea in patrem dominumve propriae comparatae erant actiones, si quid jussu eorum a filio servove gestum erat, vel quod in rem eorum versum dicebatur, vel quod institor tabernae vel navis magister constitutus erat, inde mihi manifestum esse videtur, nullam primum condictionem in patrem dominumve datam esse de eo, quod a servo filiove gestum esse dicebatur. Postea autem liberiori et solutiori repraesentationi assuetis omnibus, et in his casibus coepit condictio dari directo in patrem dominumve, tamquam principaliter cum ipso negotium gestum esset. Hoc enim condictionis aequitati melius convenire videbatur. Id enim, quantum ad institorem, testatur Paulus: „si institorem servum dominus habuerit, posse dici, Julianus ait, etiam condici ei posse, quasi jussu ejus contrahatur, a quo praepositus sit." Generaliter autem et ut de re diu jam omnibus nota loquitur Justinianus in §. 8. I. quod cum eo: „illud in summa admonendi sumus, id quod jussu patris dominive contractum fuerit, quodque in rem ejus versum fuerit, directo quoque posse a patre dominove condici, tamquam principaliter cum ipso negotium gestum esset. Et quoque, qui vel exercitoria vel institoria actione tenetur, directo posse condici placet, quia hujus quoque jussu contractum intelligitur." — Quare autem nulla fiat

actionis de peculio mentio, illa ratio est, quod haec non tam ex persona actoris quam ex persona patris dominive et ex ipsius peculii magnitudine, quae quantaque sit, sumat definitionem. —

Quod autem heredes attinet, quibus et in quos detur condictio, omnia secundum generales de translatione actionum obtinentes regulas moderari video. Loquimur autem excepta condictione furtiva et ob turpem causam; de quibus infra separatim quaedam addam. — Condictio igitur et heredi et in heredem competit: heredi, teste Paulo in l. 12. D. de R. C: „si fundi mei usumfructum tibi dedero, falso existimans, me eum tibi debere, et antequam repetam decesserim, condictio ejus ad heredem quoque meum transibit." —

Constat igitur ex omnibus, quae adhuc disserui, eum, qui quoquomodo ex alterius re locupletior videatur factus, ex bono et aequo re obligatum esse, quasi mutuum contraxisset. —

„Non omnis autem numeratio, ut Juliani verbis utar in l. 19. pr. D. de R. C., eum qui accipit obligat; sed quoties id ipsum agitur, ut confestim obligetur. Nam et is, qui mortis causa pecuniam donat, numerat pecuniam, sed non aliter obligavit accipientem, quam si exstitisset casus, in quem obligatio collata fuisset, velut si donator convaluisset, aut is qui accepit, prior decessisset. Et quum pecunia daretur, ut aliquid fieret, quamdiu in pendenti est, an id futurum sit, cessabit obligatio. Quum vero certum esse coepisset, futurum id non esse, obligabitur qui accepit; veluti si Sejo decem dedero, ut Stichum intra calendas manumittat, ante calendas nullam actionem habebo, post calendas ita demum agere potero, si manumissus non fuerit." — Haec autem observatio generalis est et plures recipit species. In summa autem, ut generaliter de repetitione tractem, sciendum est, dari aut ob causam, aut ob rem: ob causam praeteritam vel

praesentem, veluti quam ideo dedi, quod heredem me ex testamento falso putavi. Hic si postea testamentum falsum pronuntietur, repetitio datur sine causa datorum. Ob rem vero datur, ut aliquid sequatur, quo non sequente repetitio competit. Conf. l. 52. D. de cond. ind. — Sic igitur discretis causis, ex quibus repetitio competit, manifestum est, in duas species omnem condictionem deduci posse: aut enim sine causa est, aut appellatur: causa data, causa non secuta, quae et ob causam datorum nominatur, ut est in rubrica tituli codicis. — Ex superioribus autem manifestum est, has species tantum esse ejusdem condictionis, quod et Ulpianus in l. 1. pr. D. de condictione sine caus. testatur. Ait enim: „est et haec species condictionis, si quis sine causa promiserit . . .". Eodem faciunt et Africani verba in l. 4. D. eod.: „nil refert, utrumne ab initio sine causa quid datum sit, an causa, propter quam datum est, secuta non sit." Hic autem causa non praeterita tantum est, sed et futura, quam a Pomponio supra „rem" nominari vidimus. — Unaquaeque autem illarum specierum et subdivisionem recipit. Praecipua enim species condictionis sine causa indebiti condictio est. Quod enim indebitum datur, sine causa solutum videtur. Et ego illorum sententiam probo existimantium, condictionem indebiti ante generalem illam condictionem sine causa in usu fuisse, hancque ex illa quasi per generalisationem deductam et abstractam fuisse. Ita et Ulpianus in l. 1. de cond. sin. caus. sine causa et indebiti condictionem conjungit: „si quis sine causa promiserit, vel si solverit quis indebitum." Quod autem sine causa solutum est, aut ab initio sine causa solutum est, aut quae fuit causa postea finita est; arg. l. 1. §. 2. D. de cond. sin. caus. Exemplum causae postea finitae refert Ulpianus in l. 2. t. c. Aliud autem, in quo ab initio nulla fuisse causa videtur, ex

ponit Papinianus in l. 5. D. eod. Nulli autem causae adnumeratur injusta causa, quae sicut illa aut injusta ab initio aut injusta ex postfacto esse potest. Hoc enim continent verba Ulpiani in l. 1. §. 3. D. de cond. sin. caus.: „constat, id demum posse condici alicui, quod vel non ex justa causa ad eum pervenit, vel redit ad non justam causam." Haec autem condictio proprio nomine vocatur ob injustam causam. Injusta autem causa videtur, veluti si quis ex ea stipulatione solvit, quae per vim extorta est. Hujus enim pecuniae condictio datur ob injustam causam; arg. l. 7. de cond. ob inj. vel turp. caus. (Pomponius). Perpetuo enim, ut Ulpianus refert, Sabinus probavit veterum opinionem existimantium, id quod ex injusta causa apud aliquem sit, posse condici. In qua sententia etiam Celsus est. — Aliud etiam exemplum condictionis ex injusta causa refert Scaevola in l. 7. D. de usu et usufructu. — Ex his igitur intelligitur, condictionem sine causa, indebiti et ob injustam causam ad tempus praeteritum vel praesens respicere. Illa autem, quae ob causam datorum nominatur, futuri temporis rationem habet. Causae autem in futurum collatae nec secutae adnumeratur turpis causa. Verbi gratia, si, ut id quod ex testamento vel ex stipulatu debebas, redderes mihi, pecuniam tibi dederim, condictio ob turpem causam pecuniae datae eo nomine erit. Id enim Paulus scribit in l. 9. D. de cond. ob turp. vel inj. caus., et apud eum Pomponius comprobat. — Species autem causae non secutae et conditio non impleta est, veluti si ea lege in vos contulerim dationem, ut neutri alienandae suae portionis facultas ultro competeret. Conditione enim non servata quaeritur mihi condictio ob causam datorum; arg. l. 3. C. de cond. ob caus. dat. Quare mirum mihi videtur, cur Paulus in l. 65. §. 3. D. de cond. ind. aut ob causam dari aut propter condictionem dicat. Ipse in l. 65.

§. 8. D. eod. conditione non impleta dicit, causam ob quam datum sit, secutam non esse, ideoque condictionem competere. — Collectis igitur omnibus speciebus condictionis, quinque inveniuntur, tres quae causam praeteritam, duae quae causam futuram respiciunt; nempe: sine causa, indebiti, ob injustam causam; — ob causam datorum, ob turpem causam. In quibus singulis speciebus describendis ita me geram, ut ea tantum afferam, quae ad generis naturam atque indolem illustrandam, easque, quas adhuc exposui observationes, confirmandas valent. —

I. Condictio sine causa. In condictione sine causa id primum memoratu dignum videtur, quod Pomponius in l. 52., et Paulus in l. 65. §. 2. D. de cond. ind. affirmant, sc. ob causam praeteritam quod datum est, veluti quod aliquid a te consecutus sum, vel quia aliquid a te factum est, etiam si falsa causa sit, repeti non posse. Hic enim sine causa soluti repetitio denegari videtur. Sed si accuratius rei naturam intuearis, quamvis falso mihi persuaserim, attamen non sine causa datum videtur, quia donare volui, ita ut in hac ipsa donandi intentione causa sita videretur, nilque referret, qua ratione ductus, verane an falsa sit, hanc donationem contulerim. —

Praeterea autem, quod de omni condictione generaliter affirmavi, nempe quod ex aequitate omnia metiamur, id et in hac specie exprimitur. Ita in l. 50. D. de jure dot. legimus: „illud ex bona fide est et negotio convenit, ut fundus, quasi sine causa penes maritum esse coeperit, condicatur." Idem et ex illa specie manifestum fit, quam Ulpianus refert. Quaerit enim: „si servus, qui testamento heredi jussus erat decem dare et liber esse, codicillis pure libertatem acceperit, et id ignorans dederit heredi decem, an repetere possit? Et refert Celsus, patrem suum Celsum existimasse, repetere eum non posse. Sed ipse

Celsus naturali aequitate motus, putat repeti posse, quae sententia verior est."

II. Indebiti condictio. Tractatu autem dignissima et observationibus fertilissima mihi videtur indebiti condictio. Et haec condictio ex bono et aequo videtur descendere. Id enim Paulus testatur in l. 15. pr. D. h. t.: „indebiti soluti condictio naturalis est;" et Papinianus in l. 66. D. eod.: „haec condictio ex bono et aequo introducta, quod alterius apud alterum sine causa deprehenditur, revocare consuevit." Haec autem bonae fidei et aequitatis ratio id efficit, ut debiti naturalis, etsi non civile sit, nulla daretur repetitio. Hoc autem multa fragmenta testantur. L. 41. D. de condict. ind. (Neratius): „quod pupillus sine tutoris auctoritate stipulanti promiserit et solverit, ejus repetitio est, quia nec natura debet." Tryphoninus generaliter dicit in l. 64. D. h. t.: „ut enim libertas naturali jure continetur, et dominatio ex gentium jure introducta est, ita debiti vel non debiti ratio in condictione naturaliter intelligenda est." Africanus in l. 21. D. de fidejussorib. speciei cuidam a se relatae haec verba inserit: „. . . naturalem obligationem mansuram, ut, si obligatio civilis pereat, solutum repetere non possit." Unde ergo intelligitur, qui naturaliter tantum debeat, quia pecuniam solutam repetere non potest, aliquotenus tamen intelligi debitorem. Quod et Julianus confirmat in l. 16. §. 4. D. de fidejuss.: „nam licet minus proprie debere dicantur naturales debitores, per abusionem tamen intelligi possunt debitores, et qui ab his pecuniam recipiunt, debitum sibi recepisse." Hocque eo magis dici potest, quod non ex eo solum naturale debitum aestimatur, quod solutum repeti non potest, sed et quod pignus pro eo datum et fidejussor in id acceptus tenentur; arg. l. 13. pr. D. de cond. ind., praeterea quod plerumque retentio eo nomine datur. Ita Pomponius in l. 51. D. t. c. naturale debitum ita definit,

quippe cujus nomine „retentionem quidem habemus, petitionem autem non habemus." Secundum Paulum autem in l. 84. §. 1. D. de R. J. „is natura debet, quem jure gentium dare oportet, cujus fidem secuti sumus." —

Hanc autem rationem, ex qua in condictione indebiti indebitum naturaliter intelligitur, varii sequuntur eventus, quos ordine exponere studeo.

1. Juris regula est, maritum mulieri, finito matrimonio, in id tantum teneri, quantum facere potest. Tamen si, quum facere nil possit, dotem solverit, in ea causa est, ut repetere non possit; arg. Ulpianus in l. 9. D. h. t.

2. Pater dominusve peculiotenus tantum tenentur, si cum iis de peculio sit actum. Tamen, si per imprudentiam plus quam in peculio est, solverint, repetere non possunt; arg. l. 11. D. eod.

3. In diem debitor adeo debitor est, ut ante diem solutum repetere non possit, arg. l. 10. D. eod.

4. Naturaliter etiam servus obligatur; et ideo, si quis nomine ejus solvat, vel ipse manumissus, vel, ut Pomponius scribit, ex peculio, cujus liberam administrationem habebat, repeti non poterit; arg. l. 13. pr. D. de cond. ind.; l. 83. D. de sol. et lib. Contra et si quod dominus servo debuit, manumisso solvit, quamvis existimans ei aliqua teneri actione, tamen repetere non poterit, quia naturale debitum agnovit; arg. l. 64. D. h. t.

5. Item quod pupillus sine tutoris auctoritate mutuum accepit et locupletior factus est, si pubes factus solvat, non repetit. Nam hoc natura aequum est, neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem; arg. l. 13. §. 1. et l. 14. D. h. t.

6. Inter patrem filiumque naturalis constat obligatio. Ideo si pater filio crediderit, isque emancipatus solvat, non repetit, si quidem nil ex peculio apud patrem remanserit. Nam manere naturalem obligatio-

ignorans rem tradiderit, posse eum fundum condicere; arg. l. 26. §. 7. D. h. t. — Hoc est quod Papinianus ait in l. 54. D. h. t.: „ex his omnibus causis, quae jure non valuerunt, vel non habuerunt effectum, secuta per errorem solutione, condictioni locus erit." — Sunt tamen exceptiones perpetuae quaedam, quae dignum recipiunt tractatum, num et naturale et civile debitum simul dissolvant. Quod verbi gratia in exceptione SCti macedoniani non videtur fieri. Paulus enim in l. 10. D. ad SCtm macedon. naturalem obligationem manere testatur; et ideo filius familias, quamvis perpetua exceptione tutus sit; tamen solutum non repetit. — Idem est in his, qui pro filio familias sine voluntate patris ejus intercesserunt; nam licet perpetua exceptione tuti sint, tamen solutum non repetent; arg. l. 9. §. 4. D. de SCto mac. (Ulpianus). — Quare autem naturale debitum maneat, civile vero dissolvatur, illa ratio est, quia SCtm macedonianum odio creditorum comparatum est, non ut debitores debito exonerentur. Unde generalis illa regula oritur, quam ita exprimit Marcianus in l. 40. pr. D. h. t.: „Si quidem ejus causa exceptio datur, cum quo agitur, solutum repetere potest, ut accidit in SCto de intercessionibus; ubi vero in odium ejus, cui debetur, exceptio datur, perperam solutum non repetitur, veluti si filius familias contra macedonianum mutuam pecuniam acceperit, et paterfamilias factus solverit, non repetit." —

12. Quod transactionis causa datur, indebitum non intelligitur; et ideo si de hereditate transegeris, et certam pecuniam transactionis causa solveris, et si nulla fuerit quaestio hereditatis, tamen propter timorem litis transactione interposita, pecunia aut recte cauta intelligitur, aut jam soluta non repetitur; arg. l. 1. C. de transact. — Ubi vero per leges cautum est, ne transigere liceat, ibi quodcunque transigendi causa solu-

tum est, repetitur. Sic de alimentis praeteritis quidem, si quaestio defertur, transigi potest, de futuris autem sine praetore aut praeside interposita transactio nulla auctoritate juris censetur; arg. l. 8. C. eod. — Ideo si ob transactionem alimentorum testamento relictorum datum sit, apparet posse repeti quod datum est, quia transactio SCto infirmatur; arg. l. 13. §. 2. D. de cond. ind. — Idem est si post rem judicatam quis transegerit et solverit; quia placuit, transactionem nullius esse momenti; hoc enim imp. Antoninus cum patre suo rescripsit; arg. l. 13. §. 1. D. eod. In quibusdam autem casibus transactionis fictio est, et ideo solutum non repetitur. Inde mihi regula illa orta videtur, quae exstat in §. 7. I. de oblig. quae quasi ex cont.: „sic definierunt veteres, ex quibus causis infitiando lis crescit, ex iis causis non debitum solutum repeti non posse, veluti ex lege aquilia, item ex legato." — Eandem rationem esse puto illius regulae, quam Ulpianus in l. 42. D. h. t. et Gajus in l. 46. D. de R. J. iisdem paene verbis exprimunt: „poenas non solere repeti, quum depensae sint." — Poenas enim illas intelligo, quas potissimum incerti stipulationibus inseri supra vidimus. Nam et hae propter litis timorem solutae videntur. — Haec omnia sicuti enumeravi, ad naturale debitum referenda mihi videntur. — Ex eadem autem aequitate, ex qua naturale debitum aestimatur, et illud descendit, quod qui sciens indebitum solvit, repetere non potest; arg. l. 26. §§. 3, 8. D. h. t.; l. 50. D. h. t.: „quod quis sciens indebitum dedit hac mente, ut postea repeteret, repetere non potest." (Pomponius); l. 62. D. h. t.; l. 21. §. 1. D. de inoffic. testam. — Qui enim consulto indebitum dat, donare videtur; arg. l. 53. D. de R. J.: „cujus per errorem dati repetitio est, ejus consulto dati donatio est." — Neque tamen hoc perpetuum esse puto. Nam ex quibusdam causis et qui sciens solvit

repetit. Qui enim usuras solvit supra legitimum modum, si sortem jam antea reddidit, ita ut in sortem computari nequeant, etiamsi sciens se non debere solverit, repetere potest. — Item qui sciens se nil debere, pignus tradidit, indebiti condictione repetit. Cujus exceptionis ea ratio est, quia pignus accessorium tantum est, neque sua vi ac potestate constat. —

Ex hac autem regula, quod qui sciens solvit indebitum non repetit, illud non sequitur, qui ignorans solverit, eum repetere posse. Quod nec verum est. Ille enim tantum, qui factum ignorat, repetit; qui jus ignorat non repetit. Imp. enim Severus et Antoninus rescripserunt: „sciant ignorantiam facti non juris prodesse, nec stultis solere succurri, sed errantibus;" arg. l. 9. §. 5. D. de juris et facti ignor.; l. 9. C. ad legem Falc.; l. 10. C. de jur. et fact. ignor.; l. 6. 7. C. de cond. indeb. — Neque tamen hoc, quod in his locis generaliter dictum invenimus, scilicet juris ignorantiam nocere, aeque generaliter ita obtinuisse videtur. Papinianus enim in l. 7. D. de jur. et fact. ignor. ita dicit: „juris ignorantia non prodest acquirere volentibus; suum vero petentibus non nocet." Quaeritur autem, illi qui indebitum solverint, utrum suum petere an aliud quid acquirere videantur. Et quamvis id negari nequeat, qui condictione utatur, eo ipso quod utatur, confiteri, suum non esse quod petat, quia quod jam suum est, condici amplius non potest: tamen, quia in hac parte juris aequitas potius spectatur, quam verba captantur, dicendum esse arbitror, qui condicat suum petere, nec alieno lucro studere. Quid igitur? Nonne inde sequitur, in condictione juris ignorantiam numquam nocere? Quod ego re vera ita sequi arbitror, sed tamen ex l. 9. §. 3. D. eod. id addo, quod si ejus, qui jus ignoravit, summa arguatur negligentia, tum ei noceat juris ignorantia; quod tamen perraro accipiendum esse

Labeo ait, veluti si quis jurisconsulti copiam habuit, vel sua prudentia instructus, ut cui facile sit scire. — Quis igitur, si talia perpendat, adhuc infitietur, omnia ex aequo et bono et ex jure naturali aestimari? Ita et in hac parte juris illud probatur, quod Paulus ita exprimit in l. 90. D. de R. J.: „In omnibus quidem, maxime tamen in jure aequitas spectanda est."

b. Postquam vidimus de scientia et ignorantia solventis, videamus, quomodo haec in accipientis persona sese habeant. Neque quidquam referre arbitror, utrum sciens an ignorans debitum acceperit. Plus enim Juliani quam recentium valet auctoritas. Hic enim ita loquitur in l. 37. D. de cond. ind.: „servum meum insciens a te emi, pecuniamque tibi solvi. Eam me a te repetiturum, et eo nomine condictionem mihi esse, omnimodo puto, sive scisses meum esse, sive ignorasses". Quod et condictionis indoli optime convenire videtur. In hac enim et supra jam vidimus, et infra denuo illustrabimus, alterum stipulatorem, alterum promissorem intelligi; alterum obligatum habere, alterum obligatum esse; alterum imperare, alterum obedire; ita igitur stipulatoris persona praevalet, et ex ea omnia aestimantur, ita ut ad obligationem sufficiat, alterum accepisse sive scientem sive ignorantem. —

Ex eadem ratione illa quaestio dijudicabatur. Si quis servum certi nominis aut solidorum certam quantitatem, vel aliam rem promiserit, et, quum licentia ei fuerat, unum ex his solvendo liberari, utrumque per ignorantiam dependerit, quaeritur, cujus rei detur repetitio, utrumne servi an pecuniae, et utrum stipulator an promissor habeat hujus rei facultatem? Et Ulpianus quidem electionem ei praestat, qui utrumque accepit, ut hoc reddat quod sibi placuerit, et tam Marcellum quam Celsum sibi consonantes refert; arg. l. 26. §. 13. D. h. t. Papinianus autem ipsi, qui utrumque persolvit, electionem donat, qui et antequam de-

pendat, habeat electionem ipsam quod velit praestare, et hujus sententiae sublimissimum testem adducit Salvium Julianum, summae auctoritatis hominem et edicti perpetui ordinatorem; arg. l. 10. C. de cond. ind. Illa Ulpiani sententia condictionis indoli, haec autem Papiniani solutiori aequitati magis convenire videtur. Unde factum est, ut et Justinianus in l. c. veterem illam dubitationem decidens, Papiniani sententiam sibi placere dicat: „ut ipse habeat electionem recipiendi, qui et dandi habuit". —

Qui hominem generaliter promisit similis est illi, qui hominem aut decem debet; et ideo si, quum existimaret, se Stichum promisisse, eum dederit, condicet, alium autem quemlibet dando, liberari poterit; arg. l. 32. §. 3. D. h. t. (Justinianus). — Sicuti autem in condictione sine causa nil referre vidimus, utrum nulla ab initio fuerit causa, an quae fuerat causa finita sit: ita et in hac specie condictioni locus erit, sive ab initio indebitum fuerit, sive postea id factum sit. — Ulpianus in l. 26. §. 7. D. h. t. hanc speciem refert, in qua qui mutuum dederat, heredem suum damnaverat, debitorem nexu mutui solvere. — Aliam autem idem Ulpianus in eadem lege, §. 13. refert, quae talis est: si decem aut Stichum promittens, solvam quinque, quaeritur an possim condicere? Hic in meo est arbitrio utrum Stichum an reliqua quinque solvere velim; quodsi residua quinque praestitero, videor et priora debita solvisse; si autem Stichum praestitero, quinque possum condicere quasi indebita. Sic posterior solutio comprobabit, priora quinque, utrum debita an indebita solverentur. —

Hoc autem exemplum me ad aliam adducit quaestionem, sc. qui partem ejus solvit quod promisit, utrum in hanc partem solutus videatur? — Quaedam igitur partium praestationem recipiunt, veluti quum decem dari stipulamur. Hic ergo qui quinque dat, in

dimidium solutus videtur; — quaedam autem non recipiunt, ut in his, quae natura divisionem non recipiunt, velut quum viam, iter, actum stipulamur; — quaedam partis quidem dationem natura sua recipiunt, sed nisi tota dantur, stipulationi satis non fit; veluti quum hominem generaliter stipulor, aut lancem aut quodlibet vas; nam si Stichi pars soluta sit, nondum in ulla parte stipulationis liberatio nata est; arg. l. 2. §. 1. D. de V. O. (Paulus). Sicut autem hic qui partem solvit, in eam non videtur liberatus, ita et ille, qui plus debito solvit, cujus pars non invenitur, quae repeti possit, quod solvit ut indebitum repetit, manente pristina obligatione; arg. l. 84. pr. D. de R. J. (Paulus). — Indebitum autem solutum videtur non solum si indebitam pecuniam numeravi aut aliam quandam rem dedi, sed et si per errorem alium mihi obligatum liberaverim ea obligatione. Nam si quis obligatione liberatus est, potest videri cepisse; arg. l. 115. pr. D. de R. J. — Exstat talis liberationis exemplum in l. 3. §. 5. D. de collatione. In fine autem totius hujus de condictione indebiti tractatus laudabo locum I., qui luce clarius demonstrat, eandem esse indebiti condictionem cum illa, quae ex mutuo descendit, quam fundamentum et originem ceterarum omnium esse ex superioribus intelligitur; §. 1. I. quib. mod. re: „is quoque, qui non debitum accepit ab eo, qui per errorem solvit, re obligatur, daturque agenti contra eum propter repetitionem condictitia actio. Nam perinde ab eo condici potest: si paret eum dare oportere, ac si mutuum accepisset". —

III. Condictio ob injustam causam.

Tertiam autem speciem condictionis, quae ad praeteritum refertur tempus, illam esse supra demonstravi, quae proprio nomine ob injustam causam vocatur. Haec autem injusta causa, quum per omnia nulli cau-

sae adnumeretur, latius de hac disserere operae pretium non est. —

IV. Sequitur nunc ex ordine supra indicato condictio causa data, causa non secuta, quae alias appellatur condictio ob causam datorum. Id autem jam supra exposui, nil penitus interesse, utrum causa, quam quis adesse putabat, non adfuerit, quo casu nascitur condictio sine causa; an res, quam quis adfore sperabat, secuta non sit, qui casus originem dat condictioni causa data, causa non secuta. Eadem porro aequitas, quae condictioni sine causa inest, et huic speciei, quae ob causam datorum impertitur, expressis verbis inesse demonstratur ita: „quod ad rem datur, ex bono et aequo habet repetitionem;" arg. l. 65. §. 1. D. de cond. ind. (Paulus). Ob rem autem datum a Paulo opponitur illi quod ob causam datum est; ita ut quod aliis ob causam futuram aut praesentem datum dicitur, id Paulus „ob rem" datum dicat; arg. l. 1. §. 1. D. de condict. ob turp.: „ob rem igitur honestam datum ita repeti potest, si res, propter quam datum est, secuta non est." — Quaecunque autem in digestorum titulo de natura hujus condictionis annotantur, per se paene intelliguntur. Ita profecto nil naturalius esse potest, quam tamdiu hanc condictionem denegari, quamdiu in incerto sit, an causa, propter quam datum est, sequatur; arg. l. 8. D. h. t. Ita et illud annotasse sufficit, causam ob quam datum est, saepissime tacito consensu comprehendi, veluti si dos datur matrimonii causa; arg. l. 6. D. h. t. — Aequitatis autem summam rationem haberi illud argumento est, quod quotiens per eum, qui accepit, non stetit, quominus causa impleretur, condictio cessat; veluti si pecuniam ideo acceperis, ut Capuam eas, deinde parato tibi ad proficiscendum conditio temporis aut valetudinis impedimento fuerit; arg. l. 5. D. h. t. Lo-

quimur autem nulla poenitentiae ratione habita, de qua infra disserendi melior occasio erit.

Siculi autem condictioni sine causa accedit condictio ob injustam causam, ita condictioni ob causam datorum accedit.

V. Condictio ob turpem causam,

de qua paucissimis verbis transigam. Haec autem condictio, sicut reliquae omnes, ex bono et aequo descendit, quia turpitudinem comprobare contra bonos mores est. Inde omnes regulae descendunt, quibuscunque haec condictionis species regitur. Turpitudo enim aut dantis est non accipientis, aut accipientis tantum non etiam dantis, aut utriusque. — Quodsi turpis causa accipientis fuit, etiamsi res secuta fuerit, repetitur quod datum est. In duobus autem reliquis casibus repetitio cessat. Sive enim dantis solius versatur turpitudo, veluti si meretrici quid datum sit, sive utriusque par turpitudo est, veluti si pecunia detur ut male judicetur, quia in pari causa semper melior est conditio possidentis, condictio denegetur. Quamvis autem hoc tertio casu soluti petitio cesset, tamen nondum soluti petitio per exceptionem doli aut in factum elidi potest. arg. l. 8. D. de cond. ob turp. vel injust. caus. Neque haec res nova nobis et inaudita videri potest, quum jam supra simillimam invenerimus. Vidimus enim, ubicunque exceptio detur in odium creditoris, non ut exoneretur debitor, ibi solutum repeti non posse. — Mirum autem forsan videri possit, cur nostro illo casu, ubi quis exempli gratia promisit ut male judicaretur, exceptio tantum detur, neque potius omnis actio denegetur. Ego illud strictissimae condictionis naturae imputandum censeo. Quamvis enim, qui promisit, turpitudini studuerit, promisit tamen; sicut ille, qui metu coactus aut dolo inductus promisit, quamvis coactus, attamen voluisse et promisisse dicitur. Sicuti vero his doli metusque casibus stipulatori

actio nequaquam denegatur, sed per exceptionem tantum eliditur, quia dolum aut metum comprobare contra bonos mores est: ita et nostro casu, qui turpitudinem suscepit, agere quidem potest, sed per exceptionem repellitur. Quam exceptionem reus si non opponit, itaque jure concesso non utitur, quia tunc sublata proxima causa stipulationis, quae propter exceptionem inanis esset, pristina causa, id est turpitudo superest, in illam speciem recidit tota res, quae parem dantis et accipientis turpitudinem exhibet, ergoque repetitionem non recipit. — Certis autem quibusdam casibus vice hujus condictionis ob turpem causam fungitur bonae fidei actio, veluti actio emti, venditi, locati, conducti, mandati; exempli gratia, si rem locatam tibi vel venditam a te, vel mandatam, ut redderes pecuniam acceperis. His enim casibus condictione ob turpem causam, vel, si malim, ex locato, vendito, mandati agere possum. Neque tamen hic condictio ex incerto contractu orta dici potest, sicuti supra vidimus ex omni contractu tam certo quam incerto, velut emtione, venditione, mandato, condictionem oriri posse; sed ex contrario potius bonae fidei actionem condictioni accedere. — Quodsi ut id quod ex testamento aut ex stipulatione debebas, redderes mihi, pecuniam dederim, condictio tantum pecuniae eo nomine datae erit. Stipulatio enim ex expressis tantum interrogationis et responsionis verbis aestimatur; arg. l. 9. §. 1. D. de cond. ob turp. (Paulus). —

In his igitur quinque condictionis speciebus omnibus illud praecipue reperimus sancitum, quod jam antea generalem in modum affirmavi, sc. ubicunque nostra res apud alterum sine causa deprehendatur, ibi nos condictione eam repetere posse, quia aequitati contrarium est, alterum ex alterius detrimento fieri locupletiorem. — Ultimum autem condictionis fundamentum obligatio est illa re contracta; et quum, si-

cuti supra vidimus, nullius omnino momenti sit natura rei ipsius, quae transeundo sine causa in alterius dominium, parit obligationem; inde per se manifestum fit, dominii sine causa transitum, civilem obligandi modum atque materiam κατ' ἐξοχὴν nominari debere. Et quamvis haec omnia plenissime jam ex toto hujus tractatus tenore intelligantur, tamen ipsius rei simul magnitudo, simul ad intelligendum totum Romanorum obligationum systema utilitas suadent, brevissime summam totius retractare. —

Antiquissima igitur est mutui obligatio, quae quum ex re oritur, in ipsa re certissimos invenit terminos. Haec mutui obligatio simul et naturalissima et civilissima est, quae sibi invicem non modo non oppugnant, sed se confirmant potius. Quae enim juri naturali optime conveniunt, eadem et jus civile recipere debuit. Quod et evenit, usque adeo, ut et omnia negotia quae mutui formam induerunt — quo referenda sunt: nexum, deinde stipulatio sive verborum obligatio, et litterarum obligatio —, et omnia negotia, quae sicut mutuum dominii transitum exhibebant, eadem actione munirentur, qua ipsum mutuum, id est condictione. Unde intelligitur, re proprie fieri civilem obligationem. — Quatuor solummodo casibus utilitatis commerciique publici causa receptum est, ut sine rei transitu solo consensu obligatio contrahi possit, qui contractus ob id ipsum consensuales nominantur. Hi autem exceptionis tantum loco neque uno ordine habendi sunt cum obligationibus, quae ex re oriuntur, jurisque civilis regulam exhibent. Quae res inde etiam manifestior fit, quod innumeris paene locis id dictum invenimus, nudo pacto obligationem non fieri, sed tum demum ubi rei datio accedat. In cujus probationem fragmenta quaedam afferam. Facem praeferat Papinianus. Proponit enim in l. 8. D. de P. V. speciem hujusmodi: Dominus servum, quum furti argue-

retur; quaestionis habendae causa aestimatum dedit. Nihil de eo compertum est, neque tamen redditur. Eo nomine civiliter agi posse, Papinianus ait. Si autem pecuniam dominus pro servo elegit, qua actione ea peti possit, quaeritur? Dixit: „tametsi, quod inter eos ageretur, verbis quoque stipulationis conclusum non fuisset, si tamen lex contractus non lateret, praescriptis verbis incerti et hic agi posse, nec videri nudum pactum intervenisse, quoties certa lege dari probaretur." Idem Ulpianus clarissimis verbis exponit in l. 15. D. eod. Quaerit enim, si ob indicandum servum fugitivum solutum quidem nihil sit, sed pactio tamen intercesserit, ut, si indicasset apprehensusque esset fugitivus, certum aliquod daretur, an possit agere? „Et quidem, ait, conventio ista non est nuda, ut quis dicat ex pacto actionem non oriri, sed habet in se negotium aliquod; ergo civilis actio oriri potest, id est praescriptis verbis, nisi si quis et in hac specie de dolo actionem competere dicat, ubi dolus aliquis arguatur." Eandem rem idem Ulpianus l. 7. §§. 1. 4. D. de pactis, paulo aliis verbis exprimit. Dicit enim: juris gentium conventiones quasdam actiones parere, quasdam exceptiones. „Quae pariunt actiones, in suo nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus, ut emtio venditio, locatio conductio, societas, commodatum, depositum et ceteri similes contractus. Sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit, esse obligationem (ut puta dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias): hoc συνάλλαγμα esse et hinc nasci civilem obligationem." „Sed cum nulla subest causa, propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem; igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem." Causam autem nil aliud esse intelli-

gimus, quam rem implendi placiti causa alteri datam, quod in l. 15. de P. V. negotium idem Ulpianus dicit. Haec autem res data ex nudo pacto facit contractum, i. e. obligationem omni juris auctoritate atque effectu munitam, quam Graeci συνάλλαγμα vocant. Συνάλλαγμα enim contractus simpliciter est, neque necessario ultro citroque obligationem continet, quod Gajus sibi solum placere dicit; quamvis id impugnari non possit, et illas hac appellatione comprehendi, quod jam ex l. 19. D. de V. S. sequitur: „contractum autem ultro citroque obligationem (sc. Labeo definit) quod Graeci συνάλλαγμα vocant, veluti emtionem, venditionem, locationem, condictionem, societatem." His enim casibus consensus solus obligat, eundemque habet effectum, quem alias rei tantum traditae inesse secundum generalem regulam vidimus. — Idem autem, quod his Papiniani et Ulpiani fragmentis inest, imperatores saepissime rescripserunt. Ita Diocletianus et Maximianus Leontio rescribunt in l. 3. C. de rer. perm. et praescr. verb.: „ex placito permutationis, nulla re secuta, constat, nemini actionem competere, nisi stipulatio subjecta ex verborum obligatione quaesierit partibus obligationem." Antequam reliqua fragmenta afferam, hic aliquantulum subsistam. Illud enim mihi semper mirum in modum ea, quae supra de stipulationis origine disserui, confirmare videbatur, quod hic obligationi, quae ex re initium atque effectum capit, illa comparatur, quae verbis contrahitur; quod et alias saepissime fieri vidimus; arg. L. 8. D. de P. V. l. 45. D. de pact. (Hermogenianus): „divisionis placitum, nisi traditione vel stipulatione sumat effectum, ad actionem ut nudum pactum nulli prodesse potest." — L. 9. C. de donat.; l. 6. C. de transact.; l. 3. C. eod. l. 21. C. de pact. Stipulationi enim rei traditae fictionem ex origine inesse, ex superioribus intelligimus, ita ut

optimo jure obligationes re et verbis contractae conjungi videantur; sicuti et simili modo pacto nudo opponuntur. arg. l. 27. C. de locat. et conduct. — Iidem illi imperatores Paulinae in haec verba rescripserunt; l. 8. C. de rer. perm.: „ea lege rebus donatis Candido, ut, quod placuerat, menstruum seu annuum tibi praestaret, quum hujusmodi conventro non nudi pacti nomine censeatur, sed rebus propriis dictae legis subtantia munlatur, ad implendum tibi placitum, sicut postulas, praescriptis verbis competit actio." — Imp. Alexander Nicae in l. 10. C. de pact.: „legem, quam dixisti, quum dotem pro alumna dares, servari oportet. Nec obesse tibi poterit, quod dicl solet, ex pacto actionem nasci; tunc enim hoc jure utimur, quum pactum nudum est; alioquin quum pecunia datur, et aliquid de reddenda ea convenit, utilis est condictio." — Rationem autem, cur condictionem potius quam praescriptis verbis actionem nominarit auctor, infra illustrabo. — Idem Pomponius in l. 6. C. de transactionibus. „Quum mota inofficiosi querela, matrem vestram cum diversa parte transegisse ita, ut partem bonorum susciperet et ita a lite discederet, proponatis, instaurari quidem semel omissam querelam per vos, qui matri heredes exstitistis, juris ratio non sinit, verum, si fides placitis praestita non est, in id quod interest, diversam partem recte conveniretis: aut enim stipulatio conventioni subdita est, et ex stipulatu actio competit, aut, si omissa verborum stipulatio est, utilis actio, quae praescriptis verbis rem gestam demonstrat, danda est." Cui fragmento simillimum est illud, quod in l. 33. C. de transact. exstat. Ad haec fragmenta accedunt et alia, velut l. 6. C. de permut.; l. 9 et 22. C. de donation. — Agmen claudant imp. Diocletianus et Maximianus, qui ad Eusebium ita rescribunt in l. 21. C. de pactis: „quum proponas, in-

ter vos sine scriptura placuisse, fratrum tuorum successiones aequis ex partibus dividi, et transactionis causa probari possit hanc intercessisse conventionem, exceptione te tueri potes, si possides. Quodsi adversarius tuus teneat, ex hoc placito nullam actionem natam esse, si tibi stipulatione non prospexisti, debes intelligere, nec adversario tuo transactione uti concedendum est, nisi ea, quae placita sunt, adimplere paratus est."

Haec igitur testimonia nullam relinquunt dubitationem, nudo pacto ex re tradita accedere obligationis vim atque effectum, ita ut juxta contractus illos nominatos et haec negotia, quae ex re tradita initium capiunt, contractuum nomine exornentur. arg. l. 5. §. 9. 19. D. de P. V. l. 7. §. 2. D. de pact. Quia vero contractus hi e re nascuntur, ideo reales a recentioribus plerumque nominantur, et quia proprium nomen eis inditum non est, ideo ut innominati opponuntur nominatis. Equidem his appellationibus nequaquam adversor, dummodo recte accipiantur. Id enim ex superioribus optime intelligitur, summo jure contractus hos reales posse dici, quamvis id constet, totum negotium non ex re solum constare, sed accedere et pactum; id enim ubique fit et praesertim in contractibus illis, qui jam a Romanis reales nominantur, arg. l. 1. §. 3. D. de pactis (Ulpianus): „adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat Pedius, nullam esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis fiat; nam et stipulatio, quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est." — Neque id negari potest, contractus, quibus proprium nomen inventum non est, innominatos posse appellari. Quum igitur re vera sint contractus reales iidemque innominati, conjunctis nominibus „contractus reales innominati" dicuntur; et ex hac conjunctione, quamvis nequaquam illicita, orta

est falsa illa et totius intellectui perniciosa opinio, ex qua contractus hi reales innominati contractibus nominatis realibus tantum oppositi videntur, quum re vera omnibus omnino contractibus nominatis non realibus tantum, sed et consensualibus et illis, qui ex verbis oriuntur, opponi debeant. Quae quidem res ex sequentibus optime illustrabitur.

Postquam de nomine vidimus, videamus nunc de re ipsa. Totum autem negotium, quod contractus realis innominati nomine appellatur, secundum ea, quae supra dixi, duabus partibus constat, pacto scil. sive partium placito et re. Harum autem partium quaerens, quae principalis sit, quae accessoria, nullum feret responsum simplex et absolutum. Ipsa enim quaestio duplicem habet intellectum; aut enim quaeritur, quae pars sit civilis obligandi causa, et tum res data principalem locum obtinet, quippe quae sola obligandi materiam in se continet; — aut illud potius quaeritur, quae pars sit obligationis causa, i. e. totius negotii principium; et tum profecto pactum principalem locum obtinet, cujus implendi ex una, firmandique ex altera parte res traditur. Pacto enim inest partium voluntas, quae necessario omnia antecedit, quamvis tum demum ad obligationem civilem procreandam valeat, quum ex altera parte jam res data; vel, ut generaliter dicam, quum alter jam contrahentium ex sua parte placita impleverit, vel certe paratus sit implere.

Sic igitur discretis partibus per se intelligitur, rei ipsius dationem non civilem tantum obligandi causam continere, sed eodem tempore etiam pacti illius una ex parte adimpletionem.

Illa autem pars quae inimpleta remanet, longiorem recipit tractatum. Illis enim fragmentis jurisconsultorum, quae supra transcripsi, constanter dici meminimus, actione praescriptis verbis alterum ad placitorum

obsequia urgeri; hujusque actionis civilis fundamentum esse, quo nudum pactum firmari probavi. — Haec autem P. V. actio nequaquam semper in usu fuit, sed Augusti demum temporibus dari coepit. Cujus rei illustrandae causa pauca addam, quia historia P. V. actionis velut totam civilium obligationum historiam in sese continere videtur. — Antiquissimam igitur obligandi causam rem fuisse vidimus. Generis autem hujus antiquissima species mutuum erat. Inde oriebatur condictio certi ex mutuo; mox et ceterae res omnes, ex quo sine causa apud alterum esse coeperant, condictione repeti poterant. Quae autem earum in genere suo functionem non recipiebant, si ipsae in rerum natura haud amplius erant, pecuniariam aestimationem necessario recipiebant. Quae aestimatio originem videtur dedisse regulae illi: „interdum, licet aliud dedimus, aliud condicimus.“ Unde quaestio oriebatur de operibus indebite solutis. „Quod enim indebitum datur, aut ipsum repeti debere aut tantundem ex eodem genere, Marcianus in L. 25. D. de P. V. dicit, quorum neutro modo operae repeti possunt. Quid vero? Nonne aestimari possunt, ut pecunia repeti possit? Marcianus quidem, l. c. pecuniariae aestimationis condictionem denegat. Celsus vero apud Ulpianum in l. 26. §. 12. D. de cond. ind. illam ipsam Marciani opinionem laudans, „sed hae quidem operae,“ pergit, „recipiunt aestimationem; et interdum licet aliud praestamus, aliud condicimus. Sic et in proposito posse condici, quanti operas esset conducturus.“ Hancque sententiam Ulpianus approbare videtur. In hac autem opinionum diversitate Ulpianus et Celsus recentiorem, Marcianus vero antiquiorem regulam defendere mihi videntur, quum et id ex superioribus constet, condictionem primum ad eas tantum res repetendas valuisse, quae vel ipsae apud reum exstabant vel in genere suo functionem recipiebant. — Unde intelligitur, per longum

tempus faciendo obligationem requisitam non fuisse, neque ex ea descendisse rationem, quod non sicut quod datum, ita et quod factum erat, aut ipsum aut tantundem ejusdem generis et quantitatis repeti reddique posse videbatur. Postea vero liberior solutiorque sententia invaluit, ut non dando solum sed et faciendo alter alterum civiliter obligaret, ita ut qui indebitas operas solvit, ipsarum aestimationem condictione repetere posset; sicut qui indebite rem dedit, aut ipsam aut si fungibilis erat, aliam ejusdem generis et quantitatis, aut denique pecuniariam ejusdem aestimationem repetere solebat. Usque adhuc autem res simplicissima est; sed movet difficultatem initium fragmenti illius, ubi Marcellus operas indebite solutas repeti non posse affirmat, l. 25. D. de P. V. „si operas fabriles quis servi sui vice mutua dedisset, ut totidem reciperet, posse eum praescriptis verbis agere, sicuti si paenulas dedisset, ut tunicas acciperet. Nec esse hoc contrarium, quod si per errorem operae indebitae datae sunt, ipsae repeti non possunt; nam aliud dando ut aliud reddatur, obligari jure gentium possumus. Quod autem indebitum datur, aut ipsum repeti debet, aut tantundem ex eodem genere, quorum neutro modo operae repeti possunt." Primo quidem aspectu ex his verbis sequi videtur, faciendo quem condictionem acquirere non posse, praescriptis verbis actionem vero et indulgeri, ut alterum ad placiti obsequium urgeat. Quae interpretatio non historiae tantum P. V. actionis, sed et ipsis loci illius verbis oppugnat. Species enim non in eo vertitur, quod quis fecerit, ut et alter ipsi aliquid faceret pretii loco; sed in eo, quod As. As. No. No. servi sui operas dederit, ut et ipsi ab Ai. Ai. servo tantundem operarum postea exhiberentur. Obligatio igitur et hic ex dando oritur, quamvis quod datur non res sit quaedam certa, sed servi operae.

Est igitur illud nobis probatum, primis temporibus dando tantum, non etiam faciendo condictionem acquiri potuisse, postea vero et ei, qui fecit, idem condicendi jus esse indultum. —

Per hanc autem condictionem non solum res ipsa, sed et alia ejusdem generis et quantitatis, vel pecuniaria repeti poterat aestimatio. Haec autem obligatio re semper videbatur contracta, quia alterius rem sine causa apud alterum esse aequitas non sinit. — Saepissime autem qui dedit, certa lege dedit, tunicas exempli gratia ut paenulas acciperet. Hoc vero casu velut nudum pactum contractui videbatur adjectum. Contractus enim e re oriebatur, eique a jure civili ea tribuebatur vis, ut accipientem ad eandem rem vel ejus aestimationem reddendam obligaret; nudum autem pactum illud videbatur, ex quo non eandem rem vel ejus aestimationem qui dedit reciperet, sed aliam quandam hoc ipso pacto definitam. — Illud autem stricto juri civili erat contrarium, ut ejus effectus pactis vel in continenti adjectis mutaretur, ita ut nulla daretur civilis actio, per quam qui dedit accipientem ad placiti fidem servandam urgere posset. Unde intelligitur, pacti fide ab altera parte non impleta, alteri nullam aliam patuisse viam, quam condictione c. d. c. n. s, quod ipse dederat repetendi. E contrario quoque qui acceperat, etsi placiti fidem adimplere paratum attamen condictioni illi parere oportebat. Pactum enim illud ne ad exceptionem quidem valebat, quia et id stricti juris actioni nequaquam convenire videbatur. Ita pactum illud nullo prorsus juris effectu erat munitum, sed bona tantum fide et partium libera voluntate constabat. — In tali autem rerum statu intervenerunt praetoris partes, supplendique juris civilis gratia introducta est ab eo actio doli. Id enim omnibus et mediocriter in jure romano versatis haud ignotum est, et ob id ipsum longiore probatione non indiget; doli

actionem totiens a praetore decerni, quotiens quis stricto jure civili utitur contra aequitatem. Unde intelligitur propriam hujus actionis provinciam illam esse, ubi qui acceperat pacto adjecto contra aequitatem sufficere detrectat; ita ut per hanc ipsam doli actionem honorariam ad placiti fidem implendam urgeatur. Sed ne res exemplis egeat, paucis agam. Finge tunicas Maevium Titio dedisse, ut paenulas acciperet. Hoc casu si Titius placito stare nolit, Maevio a jure civili nulla alia indulgetur actio, quam tunicarum, quas ipse dederat, condictio. Praetor autem ne contra aequitatem placitum maneat inimpletum, Maevio dat doli actionem, per quam Titium ad placiti urgeat obsequium. — Sed hic quidem alia oritur maximi momenti quaestio. Dixerit enim aliquis, eadem aequitas, quae originem dat doli actioni, eadem et doli exceptionem poscit, quam qui accepit, si ipse placita adimplere paratus sit, opponat dantis condictioni. — Haec autem opinio oppugnat certissimo juri civili ejusque rationi. *Illud* enim negari penitus nequit, illum qui dedit, ob meram poenitentiam quod dedit repetere posse, neque ullam exceptionem oppositam ad elidendum hoc jus valuisse; quod infra in speciali de jure poenitendi tractatu probationem suam inveniet. At non solum juris praecepta scripta, sed et juris ipsius civilem rationem illi opinioni oppugnare dixi. In cujus intellectum hoc addam. Ex superioribus intelligimus, in ea obligatione, quae ex rei datione oriebatur, alterum tantummodo obligatione adstrictum fuisse, alterum vero obligatione adstrinxisse, alterum velut imperantem, alterum velut parentem sese gessisse. Obligatio igitur haec ab una tantum parte consistit, accipientis sc. contra dantem, neque e contrario. Unde manifestum fit, pactum illud adjectum ad accipientem solum respicere posse, quippe qui solus in obligatione est, atque ergo accipientem solum in eo casu fuisse, ut aliud ei im-

ponat strictum jus aliud aequitas. Ille enim, qui dedit, quum ipse non sit obligatus, neque quidquam ei imponat strictum jus, manifestum est, numquam eam, aequitate relicta, stricto juri incumbere posse, et per hoc ipsum numquam in illum pervenire statum, ubi ei opponi possit doli exceptio. Sola igitur doli actio a praetore data est; itaque, ut eodem exemplo utar, Maevius Titium per actionem doli ad tradendas paenulas urgere poterat. Titius vero, etiamsi paenulas tradere paratus, attamen, si tunicae a Maevio repetebantur, nullam habebat doli exceptionem ad infirmandam condictionem. — Maevio igitur liberum erat, aut quod dederat condicere, aut cujus gratia dederat, doli actione persequi. Quia vero qui dat, eo profecto animo dat, non ut recipiat quod dedit, sed ut aliud quid accipiat, ideo actio de dolo, quamvis praetoria, pro principali tamen est habenda, condictio vero, quamvis civilissima, pro accessoria et subsidiaria, qua tum demum ille qui dedit, utatur, quum dedisse eum poeniteat. Actio igitur civilis ex mera descendit poenitentia, quum verissimum sit, simulac Maevium poenituerit, sine causa apud Titium tunicas inveniri. Haec autem illorum gratia adjeci, qui pro jure poenitendi jus eligendi actori attribuendum censent (Gajus). Quamvis enim id negari nequeat, actorem inter condictionem actionemque doli liberam habere eligendi facultatem utram praeferat: attamen si negotii gesti ipsarumque actionum habeas rationem, manifestum est, non eodem ordine, neque ut concurrentes habendas esse ipsas, quippe quum poenitentia faciat, ut altera velut ex alterius interitu nascatur. —

Haec autem doli actio in desuetudinem abiit, ex quo et in quantum praescriptis verbis actio civilis dari solebat ad impendam placiti fidem. Qua in re quum velut totum hujus historiae argumentum consistere videatur, operae pretium est, ea quae modo paucissi-

mis verbis conjunximus, separatim tractare, sc. originem praescriptis verbis actionis et interitum doli actionis. —

Illud autem ex superioribus jamque notis huc transfero, condictionem etiamsi non initio statim, procedente tamen tempore ad pecuniariam aestimationem earum rerum repetendam valuisse, quas ipsas, aliasve ejusdem generis et quantitatis repetere, natura ipsarum impedimento fuerit. Huic vero casui, in quo pecuniaria aestimatio repetitur, proximus ille est, in quo neque res ipsa, neque pecuniaria ejus aestimatio repetitur, sed aliud quoddam aequivalens, de quo partes convenerunt. Sicut enim pecuniaria aestimatio aequivalens est in re ipsa situm, omnibusque commune, et ut ita dicam, necessarium: ita res illa, de qua partes convenerunt, aequivalens est voluntarium, ex conventione descendens, ideoque contrahentibus proprium. Quae differentia, quam exigua sit, exemplo potest illustrari. Finge talem speciem: indebite operae fabriles a Maevio Titio sunt solutae. Secundum recentiorem Romanorum opinionem harum condici potest pecuniaria aestimatio, e. g. viginti nummorum. Si vero non indebite, sed ea lege a Maevio Titio sint operae solutae, ut Titius postea Maevio XX. nummos contra daret, nonne hoc casu necessarium, uti nominavi, et voluntarium aequivalens idem prorsus est? Primo vero casu condictio oriebatur, ne quid alterius apud alterum sine causa esset; secundo autem casu nulla patebat eo nomine civilis actio, ut quod inter partes placuerat, impleretur, nisi si forte in contractus nominati fines atque formam hujusmodi conventio transire videretur. In tali rerum statu, quid naturalius erat, quam ut et ad voluntarium illud aequivalens impetrandum civilis impertiretur actio? Quod et re vera praesc. verb. actione introducta, factum vidimus. Priusquam autem quomodo ipsa haec actio

inviguerit, accuratius investigem, paullulum hic subsisto, eaque, quae de natura et indole ipsius actionis ex illis, quae modo disserui, sequi videntur, percurram. —

Primum autem omnium notatu dignum est, quod P. V. actio, quamvis e diametro opposita videatur condictionis actioni, attamen, si ejus naturam spectes, illi quasi ultima ejus forma atque φάσις accedat, ipsiusque condictionis historiam veluti claudat. Oritur enim et ipsa ex re, quamvis res, quae petitur, non sit illa quae data est, neque alia ejusdem generis et quantitatis, nec denique ipsius aestimatio pecuniaria, sed alia quaedam, de qua partes pacto inter sese convenerunt. Haec autem ratio est totius, quem institui, ordinis. Quum enim in hac II partis IV sectione instituerim tractatum de reali condictionis fundamento, necessario deveni ad P. V. actionem, quam et ipsam ex civili illa obligandi causa originem trahere vidimus. — Ex ipsa autem hac P. V. actionis origine atque fundamento intelligi debet, juris civilis eam esse, quum res civilis sit obligandi causa. Sufficiat igitur, ex innumerabili paene locorum multitudine quosdam in hujus rei probationem laudare. Summi autem et in hac parte momenti est l. 7. §. 2. D. de pact. (Ulpianus), quam jam supra transcripsi. Esse contractum, unde nascatur actio P. V., Ulpianus docet, vel etiam re data ut alia res contra detur, esse obligationem, vel hinc nasci civilem obligationem. Conf. l. 1. §. 1., l. 6. 8. 16. D. de P. V. — Intentio igitur juris civilis est, quippe quae de jure quaerit. Id et expressis verbis testatur Neratius in l. 6. D. de P. V. „insulam hoc modo, ut aliam insulam reficeres, vendidi. Respondi: nullam esse venditionem, sed civili intentione incerti agendum." — Hoc fragmentum simul et incertam fuisse hanc juris civilis intentionem docet; quod et innumeris aliis locis legitur, arg. l. 16.

pr. D. de P. V., l. 7. § 2. in fin. D. de pact. „civilem incerti actionem, id est praescriptis verbis.” l. 23. D. commun. divid. — Saepius simpliciter „incerti actio” dicitur, uti est e. g. in l. 8. D. de P. V. — Hoc autem illis adversari videtur, quae supra de indole ac natura P. V. actionis annotavi, sc. ipsam ad condictionem proxime accedere, et velut ultimam esse formam, in quam ipsa condictio sit translata atque transfusa. Condictio autem strictissimi est juris, certissimamque habet juris civilis intentionem; P. V. vero actio, quamvis et ipsa juris civilis, incertum tamen continet. Hujus vero differentiae ex ipsis illis, quae de principiis, et ut ita dicam, de elementis ipsius actionis supra disserui, lux atque explicatio accedere videntur. Ad rem enim, quae civilem obligandi causam continet, accedit pactum illud, per quod quae accipiens danti contra praestare debeat, definitur. Res ergo quae sit in obligatione, ex pacto accipit definitionem; pacto autem vis atque effectus civilis accedit ex re jam data vel praestita. In condictione autem res ipsa, quae obligat, jam per se ipsam ad rem quae in obligatione sit, definiendam valet; ita ut pacti quoque, quod P. V. actionis proprium est, vices gerat. Unde manifestum est, in condictione nil omnino incerti relinqui, quum nil possit inveniri certius re ipsa, ex qua condictio trahit et originem simulque et omnem suam definitionem. Contra vero in P. V. actione rem ipsam vel generaliter praestationem, quae in obligatione sit, quodammodo in incerto relinqui, facili probatione demonstratur. Pactum enim illud, in quo de re, quae in obligatione futura sit, partes convenerunt, sicuti omnia pacta conventa juris gentium est. Conf. l. 1. § 4. de pactis. Quod autem huic pacto ex re data vis atque effectus civilis accessit, neque amplius nudum pactum intelligitur, quum subsit civilis obligandi causa, id ad pacti ipsius

naturam immutandam nil valet; ita ut et nunc juris gentium pactum illud censeatur, quamvis jam ad placiti fidem implendam civiliter agi possit. Quod et expressis verbis testatur Marcianus in l. 25. D. de P. V. „nam aliud dando ut aliud reddatur, obligari jure gentium possumus." Quae igitur in condictione ex re ipsa data definitionem accipiunt certissimam et immutabilem ideoque ex strictissimo jure aestimatam, eadem in P. V. actione descendunt ex conventione, quae quum juris gentium sit, ex aequitate bonaque fide potius aestimatur, quam ex strictissimo jure civili. Hoc autem ad illud redit, quod supra probare mihi proposui, sc. in P. V. actione rem ipsam vel praestationem quodammodo in incerto relinqui. Quamvis enim res, de cujus praestatione partes inter se consenserunt, certissima sit, et ex ipsius pronuntiatione appareat quae qualis quantaque sit, velut si e. g. servum meum manumisi, ut Titius viginti nummos mihi daret: attamen quia bona fide hoc pactum regitur aestimaturque ex aequitate, manifestum est, et id tacite convenisse, ut quodcunque alterius interesset alterum placito non stetisse, id quoque praestaretur. Tacite enim conventiones fieri posse easque valere argumento sunt l. 3. 4. D. de pact. Actio igitur P. V. civilis, per quam Titium ad placiti fidem implendam urgere possum, incerta erat, ut non solum „20 eum mihi dare oportere" intenderem, sed potius „quidquid eum dare facere oporteat"; quae intentio non viginti solum in se continet, sed et amplius quidquid mea interesse probavero, quod placiti fides non est servata. Unde intelligitur, P. V. actionem ex incerto contractu oriri. — Illud autem ex superioribus meminimus, certi condictionem competere ex omni causa et ex omni obligatione, ex qua certum petitur, sive ex certo contractu petatur sive ex incerto. Unde sequitur, et ex ea causa, ex qua P. V. incerti civiliter agi possit,

ex eadem certi condictionem competere. Quae quidem condictio sensu latiore intelligitur, neque confundenda est cum illa, quae etsi ejusdem negotii occasione, ex alia tamen causa descendit, aliudque persequitur, id sc. quod datum est, quasi ob rem datum re non secuta; de qua loquitur Paulus l. 5. §. 1. in fin. D. de P. V. et in 1. 1. §. 4. eod., et Papinianus in l. 7. D. eod. — Quod novum argumentum est, P. V. actionem, quamvis pacti natura faciat ut incerta sit, attamen condictioni proximam affinemque esse. — Ex his omnibus etiam intelligitur, quam prava sit eorum sententia (de Retes, Mühlenbruch), qui P. V. actionem et certam esse posse affirmant.

Id igitur nunc demonstratum est, P. V. actionem civilem eandemque incerti esse, in quam omne veniat, quodcunque actoris intersit, fidem placito habitam non esse. In cujus rei probationem afferam fragmenta quaedam ex innumeris illis, quae hac de re tractant. Agmen ducat Paulus in l. 5. §. 1. de P. V. In actione enim P. V., quae de permutatione competit, id venire dicit, „non ut reddas quod acceperis, sed ut damneris mihi, quanti interest mea, illud, de quo convenit, accipere." — Papinianus in l. 7. D. eod.: „si tibi decem dedero, ut Stichum manumittas, et cessaveris, confestim agam P. V., ut solvas quanti mea interest; aut si nihil interest, condicam tibi, ut X reddas. Ita Dioclet. et Maximian. Isidoro in l. 3. C. de inutil. stipul. rescripserunt: „. . . adi praesidem provinciae, ut examinatis partium allegationibus, quanti constiterit interesse tua, juxta placiti fidem dotis portionem Juliano fuisse restitutam, ob incertae actionis effectum concludat condemnationem taxatae quantitatis." — Iidem imperatores Rhaeso in l. 29. C. de evictiou.: „si permutationis gratia praedia curatoribus quondam fratris tui mater tua dedit iis . . . evictis, quanti interest eos conveniri posse, rationis est." —

Quum autem permutationem locum dare actioni P. V. ut ad placiti fidem urgeatur qui conventioni nondum suffecit, constet; evicta autem res in eandem conditionem totam rem deducat, qua fuerat nulla omnino re data, manifestum est, et hanc l. 29. C. l. c. ad P. V. actionem esse trahendam. Quod autem et quale sit hoc interesse, generali et certo modo definiri non posse, unicuique in promptu est. Diversissima enim sunt negotia, quibus indulgetur P. V. actio; et consequenter diversissimum est illud quod actoris interest, praesertim quum non juris sed facti esse hanc quaestionem, saepius tradatur. Singula autem exempla infra explicabo, ubi de similitudine singularum P. V. actionum cum singulis bonae fidei actionibus tractabo.

Illud autem omnibus omnino P. V. actionibus commune est, et ex ipsa actionis indole et natura descendit, quod, quamvis incertam habeant intentionem, attamen ab una tantum parte constant, ita ut, quum alter tantum alteri sit obligatus, nulla umquam reo contraria indulgeatur actio, neque in condemnatione compensationis vel ejus, quod actor invicem reo debet, ulla habeatur ratio. Quod quum bonae fidei actionum proprium sit, manifestum est, quamvis id commune habeant bonae fidei et P. V. actiones quod incertum ambae persequuntur, attamen hoc incertum diversissimam in ambabus subire aestimationem, actionemque P. V. minime esse bonae fidei. Quae res ex ipsa indole et natura P. V. actionis tam necessario mihi sequi videtur, ut nil omnino in ejus probationem adderem, nisi Heffterum in scholiis gajanis contrarium non tam defendere quam affirmare viderem. Quem illud omnino fugisse videtur, quod ubicunque bonae fidei actiones enumerantur et praesertim in §. 28. I. de actionib. nulla omnino fit P. V. actionis mentio; sed duae tantum hujus generis species, sc. actio P. V., quae de aestimato proponitur, et ea, quae de per-

mutatione competit, inter bonae fidei actiones enumerantur, quas utrasque speciali ratione postea tantum inter illas receptas esse pro certo compertum habemus. Quum igitur id constet, P. V. actiones bonae fidei non esse, quaeritur num stricti juris sint? Quod negandum videtur. Stricti juris enim actio, i. e. condictio certum persequitur, illaque, quae vocatur incerti, inde originem traxit, sicut supra vidimus, quod res inveniuntur, quarum ipsa aestimatio requirit, ut personae, ad quam pertinent, ratio habeatur, veluti e. g. jura personalia. Quod incertum proximum est sine dubio rei certae, et ob id ipsum ab illo incerto, quod in P. V. actione versatur, longe recedit. — Quum igitur neque bonae fidei sint P. V. actiones pariterque a condictione recedant vel ab ea, quae incerti vocatur, manifestum est, medium inter utraque actionum genera hanc P. V. actionem tenere et alterius ad alterum veluti transitum pontemque praebere. Quae condictio P. V. actionis, quamvis nullibi expressis verbis in juris nostri fontibus illustrata inveniatur, attamen haud sine indiciis est. Ita enim Justinianus in §. 28. I. de action. „actionum, ait, quasdam esse bonae fidei, quasdam stricti juris," unde intelligitur, tertium quoddam genus accedere debere, ut totus actionum expleatur numerus. Quod quamvis ab omnibus concedatur, tamen quod sit hoc genus, ambigitur. Sunt qui arbitrarias actiones intelligendas esse censeant. Quorum sententiae non accedo. Arbitrarias enim actiones non proprium quoddam actionum genus, sed adjectitiae esse qualitatis, ita ut omnibus omnino actionibus accedere possint, supra jam in medium protuli. Persuasum igitur habeo, de P. V. actione Justinianum l. c. cogitasse, ideo autem tertium genus non adjecisse, ne oppositis inter se stricti juris bonaeque fidei actionibus, medium illud genus tironum animos dequo perturbaret.

Superest ut non tam exponam quam revocem potius, quae supra de affinitate P. V. actionis cum condictione exposui. Vidimus enim, et ipsam ex re ortam, juris civilis esse, proximeque ad condictionem accedere velut ultimam ejus formam atque φύσιν. Unde illud jam necessario sequitur, P. V. actionem, secundum originem suam, multa ex stricto condictionis jure conservasse, per reliqua vero bonae fidei actiones imitatam esse. Quo illud plenissime confirmatur, quod demonstrandum mihi proposui, se. P. V. actionem medium tenere inter bonae fidei strictique juris actiones; ita ut veluti ex utroque hoc elemento composita, utrumque neque per omnia imitetur, neque per omnia rejiciat.

Explicitus est articulus de actione incerti civili. Actionibus autem civilibus, i. e. in jus civile conceptis Gajus libr. IV., §. 45 et seq. opponit in factum actiones, nempe in quibus nulla civilis intentionis conceptio est, sed initio formulae nominato eo, quod factum est, adjiciuntur ea verba, per quae judici damnandi absolvendive potestas permittitur. In illis igitur de jure, in his de facto quaeritur. Unde manifestum est, e diametro haec duae actionum genera, civilia et in factum sibi opposita esse. Attamen saepissime actio nostra incerti civilis et actio in factum civilis vel simpliciter „actio in factum" vocatur; arg. l. 1. pr. et §. 1. l. 12. l. 23. D. de P. V. — Quum autem unius formulae intentio non possit simul in jus et in factum concepta esse, idque jam ex superioribus constet, P. V. actionem in jus fuisse intentam, necessario sequitur, aliam quandam formulae partem in factum fuisse conceptam. Hanc autem partem demonstrationem esse, facili est probatione. Constat enim, in contractibus nominatis rem ita se habuisse, ut ad demonstrationem totius, de quo ageretur, negotii, nomen ipsius in jure receptum initio formulae insereret

sufficeret; veluti in deposito dicere, teste Gajo libr. IV. §. 47.: „quod As. As. apud Nm. Nm. mensam argenteam deposuit." Quum autem jam omnia negotia, quibus causa civilis suberat, actione civili munirentur, et rerum ipsa natura ferret, ut plura essent negotia quam vocabula, factum est, ut ubicunque proprium nomen negotii non inveniretur, esset tamen actio civilis, longiore expositione in ipsa demonstratione res gesta illustrarētur. Cujus rei ipsum actionis praescriptis verbis nomen testimonium est. Quum enim initio semper formulae demonstratio inveniatur, ipsa vero non civili quodam nomine, sed longioribus verbis rem gestam demonstret, merito actioni nomen praescriptis verbis inditum, saepiusque additum est: „id est in factum" vel simpliciter: „in factum;" arg. l. 13. §. 1. D. de P. V. (Ulpianus); l. 22. D. eod. (Gajus); l. 24. D. eod. (Africanus). — Ulpianus et Gajus l. c. adjiciunt: „quasi negotio quodam inter nos gesto proprii contractus;" quibus verbis illustretur nomen illud: „P. V. in factum actio." Negotium enim proprii contractus illud est, quod non transiit in formam nominati contractus, ideoque praescriptis tantum verbis demonstrari potest. —

Quaecunque autem hic de ratione nominis P. V. actionis veluti a priori exposui, optime confirmantur illis, quae Gajus libr. IV. §§. 130—138. de praescriptionum usu atque nomine nobis tradit, quamvis diversissima sit illa praescriptionum species, a Gajo illustrata. „Praescriptiones autem ab eo dici, inquit, quod ante formulas praescribuntur, plusquam manifestum est;" et subinde: „. . . ita nobis formulam esse propositam, ut praescriptio inserta sit formulae loco demonstrationis." Quae Gaji verba eo magis ad illustrandum nostrae actionis nomen adhiberi possunt, quod et harum praescriptionum is fuit usus, quibus actoris intentio accuratioribus finibus circum-

scriberetur, et judicii vis coerceretur: sicuti et praescripta nostrae actionis verba accuratissimam negotii gesti descriptionem, ex qua quid alter consequi vellet, judex cognosceret, continebant. Ejusdem autem nominis ratio optime illustratur rescripto imperatoris Alexandri, quod exstat in l. 7. C. de transact., ubi P. V. in factum actio talis nominatur, „quae P. V. rem gestam demonstrat." Eidem porro opinioni accedere video Harmenopulum in promptuarii libro II. quippe qui „Προγεγραμμένων τῶν συμφώνων" actionem dari dicit.

Jam vero sanus quisque intelligit, hanc P. V. actionem omnibus negotiis, quibus causa civilis subest, plenissime sufficere. Quamvis enim intentio una semper eademque sit, attamen demonstratio talis est, quae diversissima negotia recipiat, omniaque pariter describat. Unde manifestum est, per talem demonstrationis naturam tantum fieri, ut ad omnia sufficere possit haec P. V. actio. — Haec autem sufficiant de actionis nomine ejusque ratione, quae ad illustranda deductus sum per actionis ipsius historiam. Nunc vero ab eadem historia occasionem arripiens de pacto tractaturus sum, cui rem ut civilem obligandi causam accedere vidimus. Pactum enim, quum sit principale, quamvis per se ipsum sine re nil valere possit, necesse est certum, manifestum et indubitatum sit inter partes. Non enim civili tantum juri adversatur, sed et contra rerum naturam est, pacto, quod a partibus ipsis ambigitur, per rem accedere vim atque effectum civilem. Sicut enim rei, quae in rerum natura non est, accedere nil potest: ita et pactum, quod non est, per rem confirmari non potest. Quod quamvis neminem infitiari videam, ex alia tamen parte hac in re dissensio orta est. Quum enim pactum adesse debeat manifestum indubitatumque, inde quidam collegerunt, illud tantum, quod expressis verbis conventum sit pactum,

vim, illam civilem actionemque adipisci posse. Quae sententia et rerum naturae et expressis digestorum fragmentis oppugnat. Quod enim primum rerum naturam attinet, nulla prorsus ratio inveniri potest, cur pactum tacitum minus valere debeat illo, quod expressis verbis factum est, dummodo de quo tacite conventum sit, inter partes ipsas constet. Illud tamen non nego, quod tacite sit conventum, longe majorum pluriumque praebere dubitationum materiam, quam illud, quod expressis verbis sit dictum. Dubitari enim saepius vidimus, ubi quis dedit, num pacti cujusdam tacite conventi gratia dederit, ita ut res data velut materiam civilem pacto illi principali praebere dici debeat, an nullo praevio pacto dederit dandi solum gratia, ita ut condictione tantum data res repeti, non autem, sicut primo casu, P. V. ad placiti fidem servandam agi possit. Sed ne res obscura maneat, exemplis eam illustrabo, quae in digestis invenio. Papinianus enim in l. 8. D. de P. V. speciem hujusmodi tractat: „si dominus servum, quum furti argueretur, quaestionis habendae causa aestimatum dedisset, neque de eo compertum fuisset, et is non redderetur, eo nomine civiliter agi posse, licet aliquo casu servum retenturus esset, qui traditum accepisset. Potest enim retinere servum, sive dominus pro eo pecuniam elegisset, sive in admisso deprehensus fuisset; tunc enim datam aestimationem a domino reddi oportere. Sed quaesitum est, qua actione pecunia, si eam dominus elegisset, peti posset? Dixi: tametsi quod inter eos ageretur, verbis quoque stipulationis conclusum non fuisset, si tamen *lex contractus non lateret*, P. V. incerti et hic agi posse, nec videri nudum pactum intervenisse, quoties *certa lege dari* probaretur." Eandem autem speciem Pomponius tractat in l. 15. D. de cond. c. d. c. n. s., sed alio modo dijudicat: „quum servus tuus in suspicionem furti Attio venisset, dedisti eum in

quaestionem, sub ea causa, ut si id repertum in eo esset, redderetur tibi; is eum tradidit praefecto vigilum, quasi in facinore comprehensum. Praefectus vigilum eum summo supplicio affecit. Ages cum Attio, dare eum tibi oportere, quia et ante mortem dare tibi eum oportuerit. Labeo ait, posse etiam ad exhibendum agi, quoniam fecerit, quominus exhiberet. Sed Proculus dari oportere ita ait, si fecisses ejus hominem, quo casu ad exhibendum agere te non posse. Sed si tuus mansisset, etiam furti te acturum cum eo, quia re aliena ita sit usus, ut sciret, se invito domino uti, aut dominum, si sciret, prohibiturum esse." Pomponius igitur condictionem dat tibi ad repetendum, quem dedisti, servum ejusve aestimationem: consequenter ejus fragmentum insertum est titulo digestor. de cond. c. d. c. n. s.; — Papinianus autem P. V. agi dicit, ejusque fragmentum legitur in titulo D. de P. V. — Quae differentia inextricabilem praeberet difficultatem, nisi in promptu nobis essent, quae modo de differentia illorum casuum dixi, ubi quis dedit taciti pacti implendi gratia, aut nullo praevio pacto, ne tacito quidem, dandi tantum gratia dedit. Hanc enim differentiam intercedere inter casus a Pomponio et Papiniano propositos ipsa eorum verba demonstrant. Papinianus enim eo casu P. V. agi posse ait, „si lex contractus non lateat", i. e. si conditio, sub qua datum est, quaeque pacto illo est comprehensa, non sit in incerto. — Quae contra Pomponius proponit? Sub ea causa, inquit, servus datus est in quaestionem, ut, si id compertum in eo non esset, redderetur tibi. Causa autem a lege eo differt, quod lex pactum requirit aut expressum aut tacitum; quod autem sub causa datur, nullo praevio pacto dandi tantum gratia datum intelligitur. Unde sequitur, priore casu, ubi certa lege datum esse probatur, ex pacto oriri P. V. actionem; secundo autem casu, ubi nul-

lum subsit pactum, ex dando secundum generalem regulam oriri ad repetendum condictionem. —

Ex horum locorum comparatione illud mihi pro certo effici posse videtur, quod supra contendi, ad pactum quodcunque etsi tacitum sit, dummodo non lateat, P. V. actioni praebere materiam, quod satis superque ultima illa Papiniani verba testantur. Huic nostrae sententiae egregie subveniunt alia quaedam jurisconsultorum fragmenta, in quibus quem ad taciti pacti fidem servandam P. V. actione urgeri vidimus. Gajus in l. 22. D. de P. V. hanc speciem proponit: Sejus Titio poliendà sarciendave vestimenta dedit ita ut neque gratis hanc operam Titius susciperet, neque protinus aut data aut constituta esset merces, sed eo animo, ut postea tantum mercedis nomine daretur, quantum inter ipsos statutum fuerit. Hoc casu placere dicit, in factum dandum esse judicium, i. e. P. V. — Hoc profecto casu nullum expressum pactum praecessit, et tamen datur P. V. actio, quia lex, sub qua opus est susceptum, non latet. Idem ex l. 23. D. eod. efficitur. Alfenus enim, „duo secundum Tiberim, inquit, quum ambularent, alter eorum ei, qui secum ambulabat, rogatus annulum ostendit, ut respiceret; illi excidit annulus et in Tiberim devolutus est. Respondi: posse agi cum eo in factum actione." Nullum hic expressis verbis pactum praecessit, sed eo animo annulus datus intelligitur, ut postea redderetur. Tacitum igitur pactum dationi inest, et inde oritur in factum actio sc. civilis P. V.; eorum enim opinioni non accedo, qui in factum actionem praetoriam hic intelligunt. — Demonstrasse igitur mihi videor, P. V. actionem sine pacto, sive expresso, sive tacito, consistere non posse; cui pacto vim atque effectum civilem accedere ex re data, supra vidimus. Unde manifestum fit, ex duobus veluti elementis consistere P. V. actionem sc. ex re et ex lege;

ita ut P. V. actio toties dari dicatur, quoties certa lege aliquid datum probetur; arg. l. 8. D. de P. V. Ubicunque igitur a jurisconsultis romanis P. V. actio indulgetur, ibi rem et legem subesse pro certo affirmari potest; et e contrario, ubicunque res et lex negotio cuidam inesse videntur, ibi actionem P. V. competere dicendum est, sive nulla omnino hoc casu specialiter indulta sit actio in factum, sive data quidem sit in factum actio, sed utrum civilis an praetoria, non sit adjectum.

Harum regularum utilitatem exemplis probabo. Et primum quidem agam de precario. Precarium autem genus liberalitatis est ex jure gentium descendens, et in eo consistit, quod precibus petenti utendum conceditur tamdiu, quamdiu is, qui concessit, patitur. Qui enim precario concedit sic dat, quasi tunc recepturus quum sibi libuerit precarium solvere; arg. l. 1. D. de precar. Breviter autem monuisse sufficiat, precarium primum non nisi in rebus immobilibus constitisse, et postea tantum ad res mobiles esse protractum; ita ut nulla paene differentia intercederet inter precarium et commodatum, quod et ipsum a rebus mobilibus ad immobiles est protractum; arg. l. 1. D. de precar. Precarii autem conditio quum magis ad donationes et beneficii causam, quam ad negotii contracti spectaret, nulla eo nomine ab initio juris civilis actio erat; arg. l. 14. D. de precar. (Paulus). Naturali autem aequitate commotus praetor introduxit interdictum de precario; quia natura aequum est, tamdiu te liberalitate mea uti, quamdiu ego velim, et ut possim revocare quum mutavero voluntatem. Cujus interdicti introductio praecessisse mihi videtur illam de dolo actionem, quae si antea jam introducta fuisset, omnem profecto illius interdicti necessitatem sustulisset. Nec tamen eo loci remansit res. Venisse enim in usum incerti condictionem meminimus, quae ad precarium repetendum optime

valere videtur. Precarium enim in jure consistit et nequaquam solius possessionis facto. Expressis enim verbis hoc annotat Ulpianus in l. 4. §. 1. D. ibid.: „meminisse nos oportet, eum, qui precario habet, etiam possidere.“ Hoc autem precarii jus sine causa apud possessorem esse videtur, quam primum voluntatem mutaverit donator et precarium revocaverit. Unde condictionem oriri, pro certo scimus. — Incerti autem condictioni accessit, velut ultima actionis civilis forma, actio P. V., quae totiens indulgetur, quotiens certa lege aliquid datum intelligitur. Quae lex expressis verbis sit concepta, non est necesse, dummodo non lateat. Unde quaeritur, an ad precarium repetendum valere possit P. V. actio? Et rem quidem subesse, nemo sanus dubitat. Quod autem legem attinet, haec res majorem movet difficultatem. Simplicissimus ille est casus, qui expressis verbis de restituendo pactum exhibet. Hic enim P. V. actione ad implendam placiti fidem reum urgeri, satis superque est notum. Ubi autem nulla talis conventionis conceptio intercessit, — quae quam rara sit nemo non videt —, tum negotii condictio omnisque ejus causa examinanda est, num secundum haec tacita illa de restituendo conventio subesse possit. Ita e. g. quotiens quod precarium habeo ipse rogavi, precibusque meis utendum concessum est: totiens tacitum pactum subesse dici potest, ut quam primum illi libuerit, precarium solvam, tum restituam. In tali igitur causa actionem P. V. dari Ulpianus in l. 2. §. 2. in fin. D. t. c. testatur: „itaque quum quid precario rogatum est, non solum hoc interdicto uti possumus (sc. de precario), sed etiam P. V. actione, quae ex bona fide oritur.“ — Fieri autem potest, ut quis non rogaverit, habeat tamen precario, utputa, nullo voluntatis indicio, patiente tantum domino, possideo; nam et ita precarium constitui posse, Paulus R. S. libr. V,

6. §. 1. docet. Quo casu propius est, ut dicamus, nullum de restituendo neque expressum neque tacitum subesse pactum: ita ut potius ad repetendum condictio, quam ad implendam placiti fidem P. V. actio dari debere videatur. Attamen et in hoc casu nequaquam infitias ire velim, fieri posse, ut et P. V. actio indulgeri debeat. Quippe omnia ex voluntate partium pendent, quae solae denique, num tacita de restituendo conventio subsit, definire valent. — Quae duae actiones, sc. condictio et P. V. actio quamvis, quod juris fundamentum attinet, diversissimae videantur, eundem tamen prorsus effectum habent, idemque consequuntur. Quum praeterea plerumque ex actoris voluntate pendeat, quam velit eligere: mirum videri non potest, quod Julianus in l. 19. §. 2. D. de precar. utramque conjungat alteramque ex altera veluti illustret. Alia autem exempla leguntur in l. 16. D. de P. V. In cujus principio ita loquitur Pomponius: „permisisti mihi cretam eximere de agro tuo ita ut eum locum, unde exemissem, replerem; exemi nec repleo. Quaesitum est, quam habeas actionem? Sed certum est civilem actionem incerti competere. Si autem vendidisti cretam, ex vendito ages. Quodsi post exemtionem cretae repletero, nec patieris me cretam tollere, tum agam ad exhibendum, quia mea facta est, quum voluntate tua exemta sit.“ — Et ut quidem de priore illo casu addam, quo ad replendum urgeor, P. V. actionem. In secundo autem casu, quo ad exhibendum tantum actio impertitur, quaeritur, num res an lex deficiens, quominus P. V. agatur, impediat? Qua de re longe aliter sentio. Rem enim negotio subesse, ipsa fragmenti ultima verba testantur; et legi terra repleta satisfacit. Unde apparet, P. V. actioni haud amplius locum esse posse, et ad exhibendum agi debere quasi de novo negotio, impletis jam quaecunque P. V. actione impetrari poterant. Alia natura inest

exemplo, in §. 1. eodem proposito: „permisisti mihi, ut sererem in fundo tuo et fructus tollerem; sevi nec pateris me fructus tollere. Nullam juris civilis actionem esse Aristo ait; an in factum erit, deliberari posse; sed erit de dolo." Hic enim ideo nulla juris civilis actio datur, quia nullum subest negotium civile, i. e. cui res insit et lex. Qui enim sevit, suam propriam spectavit voluntatem, neque alteri dedisse quid vel fecisse intelligi potest; neque qui fructus tolli pati debet, facere vel dare quid in alterius utilitatem videtur. —

Eadem illa regula et iis probatur, quae de actione ob evictionem datae rei competente apud veteres jurisconsultos legimus. Qua in re summi momenti sunt Pauli et Ulpiani fragmenta duo, quae exstant in l. 5. §. 2. in fin. D. de P. V. (Paulus): „sed si dedi tibi servum, ut servum tuum manumitteres, et manumisisti, et is, quem dedi, evictus est: si sciens dedi, de dolo in me dandam actionem, si ignorans, in factum civilem;" et in l. 7. §. 2. D. de pact. (Ulpianus): „et ideo puto, recte Julianum a Mauriciano reprehensum in hoc: dedi tibi Stichum, ut Pamphilum manumittas; manumisisti, evictus est Stichus; Julianus scribit, in factum actionem a praetore dandam; ille ait civilem incerti actionem, id est P. V. sufficere; esse enim contractum, quod Aristo συνάλλαγμα dixit, unde haec nascatur actio." — Et nil quidem hoc loco de diversitate opinionum Ulpiani et Mauriciani ex una, Pauli vero ex altera parte dicam; sed Mauriciani opinionem arripiens, P. V. civilem actionem jure et secundum regulam illam datam esse illustrabo. Et primum quaeritur: num, evicto Sticho, res negotio subesse dici possit? Et siquidem Stichus dantis fuisset, evinci non potuisset, et accipiens per rem videretur obligatus ad placiti fidem praestandam. Evicto autem Sticho, quum idem prorsus sit, utrum nil omnino

datum, an id, quod datum est, evictum sit, quia is, qui dat, necesse habet rem accipientis facere: manifestum est, totum negotium in eum statum devenisse, quo erat Sticho nondum dato. Quum autem interim ex altera parte servus sit manumissus, jam in eam conditionem res est deducta, ut manumissor solus alterum obligatum haberet. Is enim manumittendo placiti fidem servavit, itaque re sibi acquisivit P. V. actionem, qua et alterum ad implendam legem urgeret. — Ejusdem rei exempla praebent l. 7. C. commun. utr. judic. et l. 14. C. famil. herclsc.; quae talem speciem continent: „familiae herciscundae judicio bona paterna inter te et fratrem tuum aequo jure divisa sunt. Evicta re tibi adjudicata, possessionis evictae detrimentum fratrem et coheredem tuum pro parte agnoscere P. V. actione compelles". Et recte: ille enim, cui pars sua evicta est, solus alterum re obligatum habet, quia ipse quidem ex sua persona praestitit, quae praestari convenit, alter autem re evicta nil praestitisse videtur.

Res igitur et lex velut duo sunt elementa, quibus P. V. actio consistit. Qua in re velim illud praesertim eruditiores bene adnotent, ex ipso jure civili repetita esse haec elementa, ita ut P. V. actio, quamvis ignota antiquissimo juri civili, attamen ex ipso necessitate quadam nata videatur. Quae quidem necessitas tanta est, ut sine ipsa hac P. V. actione prorsus incompletum videatur civile; contra autem, introducta P. V. actione nil amplius ipsi juri civili relictum ne intelligi quidem possit. Exhausta enim jam et velut consumta videntur antiquissima illa fundamenta elementaque juris civilis. Quae res summum mihi testimonium videtur innatae juri civili vis atque virtutis, quae ipsum velut a tenerrima et parva origine ad summum magnitudinis suae fastigium perduxit. Rem enim, quae primum in pecunia mutua tantum obliga-

tionem facere videbatur, ad eam pervenisse auctoritatem videmus, ut civilis obligandi materia per excellentiam haberetur, et, dummodo consensus non obesset, sola ad civilem actionem procreandam valeret. In quibusdam autem casibus, exceptionis loco nudum jam consensum civilem obligationem fecisse sine rei interventu scimus. Sed et in his exceptionibus vestigia quaedam civilis obligandi rationis mihi remansisse videntur. Quod in emtionis venditionis negotio in oculos cadit. Constat enim venditoris obligationem non in eo esse, ut rei venditae dominium in emtorem transferat, sed ut ei habere licere faciat et de evictione caveat; emtor vero nummos accipientis facere necesse habet, et sine hoc venditae traditaeque rei dominium acquirere non potest; arg. §. 41. I. de rer. divis. Quod non solum lege XII tabularum cautum, sed et jure gentium, i. e. jure naturali effici dicitur. — Unde intelligitur, quamvis ipsa obligatio sine re conset, attamen negotium sine nummorum dominio translato perfici non posse. — Tale autem quid in tribus reliquis contractibus consensualibus non inveniri, ex ipsa eorum reique, quae in eis vertitur, natura intelligitur.

Transeo nunc a contractibus consensualibus ad tres illos reales contractus, qui mutuum ordine sequuntur, sc. ad commodatum, depositum et pignus. — Hi autem, quamvis in Gaji et Justiniani institutionibus cum mutuo conjungantur, unaque cum eo realium contractuum nomine appellentur, attamen neminem fugit, quam longe a mutui natura recedant. Mutuum enim ex eo nominatum est, quod nummi ex meis tui facti sunt. Rem autem commodatam vel depositam vel pignori datam nequaquam in dominium tuum transire, constat; arg. §. 2. I. quib. mod. re. Quae differentia sine dubio effecit, ut epitome Gaji sub rubrica contractuum realium, mutuum tantum enumeraret, nec adjiceret tres illos, de quibus loquimur. Optimo igi-

tur jure nobis dicere videmur, et hos tres contractus reales exceptionum loco habendos esse, ita tamen ut medium quodammodo tenere videantur inter mutui obligationem et illas obligationes, quae nudo consensu contrahuntur. Quamvis enim e. g. is, qui utendam rem accepit, longe distet ab eo, qui mutuum accepit, attamen et in illa commodati actione res intervenisse videtur. Nostram autem sententiam de exceptionali horum contractuum natura egregie confirmat Ulpianus in l. 7. §. 1. D. de pact. (v. supra), contractus hos reales cum illis consensualibus conjungens. —

Explicatus est articulus de obligationibus ex contractu. Supersunt actiones quaedam, quae quasi ex contractu oriri dicuntur, sc. indebiti condictio, condictio legatarii ex testamento, actio communi dividundo, actio tutelae directa et contraria, denique negotiorum gestorum actio; quae actiones ideo quasi ex contractu oriri dicuntur, quia non proprie quidem ex contractu oriri videntur, neque tamen ex maleficio substantiam capiunt; arg. pr. I. de obligat. quasi ex cont. Ex hac autem ipsa definitione mihi pro certo effici posse videtur, ex re sola hos contractus oriri. Quum enim neque ex maleficio, neque proprie ex contractu nasci dicantur, quia nulla praevia conventione et ignorantes obligamur, manifestum est, rei soli civilem illam vim atque effectum, qui in actione consistit, inesse. Quod quidem in indebiti condictione luce clarius est; quum ille, qui indebitum accepit, perinde obligatus dicatur, ac si mutuum accepisset, arg. §. 6. I. de oblig. quasi ex contract. Idem est in herede, qui ex testamento legata debet. Is enim, quum defuncti hereditatem acquisiisset, re obligatus videtur. — Judicia porro familiae ercisciscundae et communi dividundo in tantum ex re sola oriri videntur, ut statim, si cum re conjungatur consensus, veluti ex societate res communis sit, illaque tunc competere desinant. Eadem haec judicia

duplicia sunt, sc. in quibus utraque pars et actoris et rei partes sustinet, quod inde descendit, quod una eademque res quibuscunque communis est, omnes obligare videtur. — Tutor, qui tutelae actione ad restituenda ea, quae ex administratione apud eum sunt, tenetur, re obligatus videtur; praesertim quum antiquo tempore ipse plerumque suo nomine pro pupillo agere necesse habuerit. — Denique dominum negotiorum, in cujus utilitatem amicus pecuniam impendit, re obligari, nemo dubitat, quum ipse ex hac negotiorum gestione locupletior videatur. —

Ita intelligitur, non solum contractus illos, qui arctiore sensu vocantur, ex re ortos esse, exceptis illis, quos, quum solo consensu constent, in proprium nomen transiisse constat; sed et hos, qui quasi contractus nominantur. Quod egregie eo firmatur, quod et hi plurimis locis simpliciter contractus vocantur. Ita negotiorum gestio in l. 16. D. de negot. gest.; l. 23. D. de R. J.; ita et tutelae obligatio in l. 23. D. t. c.; l. 1. §. 6. D. de pecun. constit. Quae res mihi pro certo affirmare videtur, contractus nomen ad eas proprie obligationes pertinuisse, quae re contrahuntur, ita ut et dotis datio et donatio et arrha et precarium hoc nomine comprehenderentur; arg. l. 20. D. de R. C.; l. 17. C. de fide instrument. — Cui rei optime convenit l. 1. §. 3. D. de pactis, in qua Ulpianus, nullum esse contractum, nullam obligationem affirmat, quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis fiat; nam et stipulationem, quae verbis fiat, nisi habeat consensum, nullam esse. — Quo in fragmento contractus et res sunt correlativa, ita ut contractus proprie ex re oriri Ulpiano dicatur. — Qui quidem latior vocis contractus sensus sine dubio antiquior est, ex quo postea tantum emanavit strictior ille sensus, quem in institutionibus Gaji et Justiniani invenimus. —

Quum vero ex re praecipue contractus oriri videretur, si modo consensus aderat, ut alter obligatus esset, fieri non potuit, quin mox et ad implendam legem certae rei dictam, qui accepit obligatus haberetur ex contractu. Haec enim lex rei illi: ut pactum contractui accedit, quod servari antiquissimo jam juri civili convenit. Jam enim lex XII tabularum ita tulit: „si nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita jus esto". Quam ad legem sine dubio pertinent illa Gaji verba ex libro III ad legem XII tabularum sumta, quae exstant in l. 48. D. de pact.: „in traditionibus rerum quodcunque pactum sit, id valere, manifestissimum est". Unde intelligitur, P. V. actionem, quae ut impleatur hoc pactum datur, antiquissimo juri civili optime convenire, quamvis sub finem tantum liberae reipublicae in usum venisse videatur. Introducta autem est sine lege scripta ex auctoritate prudentium; quod et adhuc naturae atque indoli ipsius actionis optime convenire nemo non videt. Quum enim duo illa elementa, res et lex, ex quibus P. V. actio constare videtur, jam antiquissimo jure civili videantur sancita, lege nequaquam opus erat, sed sufficiebat prudentium auctoritas, quae non tam novum jus introduceret, quam quae insint ipsi juri civili et per id sancita jam videantur, declararet. Quod autem ita ultro et per se ipsum velut effluxit ex principiis juris civilis, jus civile per excellentiam dici oportere videtur. Quod et re vera factum esse testantur verba Pomponii in l. 2. §. 12. D. de orig. jur.: „ita in civitate nostra aut jure, i. e. lege constituitur, aut est proprium jus civile, quod sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit". — Ad hoc igitur jus civile, quod strictissimo sensu dicitur, pertinet P. V. actio, sicut et reliquae omnes actiones, quae ex reali obligatione vel ex consensu (qui casus exceptio est) oriri videntur. — Ex

hac autem historia manifestum fit, P. V. actionem, quam supra ultimam juris civilis formam vel *φάσιν* appellavi, optimo jure et ejusdem juris ultimam interpretationem appellari posse. —

Haec autem interpretatio tum demum necessaria videbatur, quotiens vulgares, i. e. jure civili antiquissimo proditae actiones non sufficiebant, et tamen negotium aliquod, cui res et lex insint, adesse videbatur. Quod ita expressum invenio:

Papinianus in l. 1. pr. D. de P.V. „nonumquam evenit, ut cessantibus judiciis proditis et vulgaribus actionibus, quum proprium nomen invenire non possumus, facile descendamus ad eas, quae in factum appellantur".

Celsus in l. 2. D. eod.: „nam quum deficiunt vulgaria atque usitata actionum nomina, P. V. agendum est".

Julianus in l. 3. D. eod.: „ad quam necesse est confugere, quoties contractus exsistunt, quorum appellationes nullo jure civili proditae sunt".

Ulpianus in l. 4. D. eod.: „natura enim rerum conditum est, ut pluria sint negotia quam vocabula".

Quae quum ita sint, luce clarius est, quamdiu vulgaris quaedam actio, jure civili prodita, sufficere videatur, P. V. actionem non dari. Quod quidem sine accuratiore negotiorum inter sese comparatione saepissime ad lucem perduci non potest. Quare et jureconsultos romanos inde ab initio hac potissimum via processisse videmus. Quotiens enim causa quaedam iis examinanda proposita nominatorum contractuum fines egredi videbatur, dummodo res et lex subessent, P.V. in factum agendum esse dicebant. Neque tamen universi ita sentiebant. Erant enim quidem neque contemnendae profecto auctoritatis viri, qui dilatandos potius nominatorum contractuum fines censerent, itaque vulgares actiones P. V. actioni praeferrent. Qua quidem in controversia qui ab una quique ab altera parte steterint, primum est investigandum. Et Pomponius

quidem tradit in l. 2. §. 47. D. de orig. jur., Augusti primum temporibus, Atejum Capitonem, qui Ofilium secutus est, et Antistium Labeonem veluti diversas in jure sectas fecisse; nam Atejus Capito in his, quae ei tradita erant, perseverabat; Labeo ingenii qualitate et fiducia doctrinae, qui et in ceteris sapientiae operam dederat, plurima innovare instituit. — Qui jurisconsulti praesertim occasione P. V. actionis in diversas partes abiisse videntur. Haec enim quaestio summi momenti erat, et haud unum quendam certum definitumque casum, sed totum jus civile cunctasque obligationes civiles complecti videbatur. Unde intelligitur, quamvis et antea jam diversas in jure opiniones exstitisse, dubitari non possit, attamen nullam umquam tanti momenti nullamque tantae magnitudinis usque ad Augusti tempora exstitisse quaestionem, quae sicut haec de P. V. actione ad separandas duas jurisconsultorum sectas valere potuerit. Qua de re haud amplius dubitare licebit, quam primum Labeonem contra Sabinianos P. V. actionem defendisse probaverim. Quod sequentia fragmenta ex titulo dig. de P. V. sumta, satis superque indicant:

Papinianus in l. 1. §. 1. D. de P. V.: „domino mercium in magistrum navis, si sit incertum, utrum navem conduxerit an merces vehendas locaverit, civilem actionem in factum esse dandam, Labeo scribit".

Ulpianus l. 19. pr. D. eod.: „rogasti me, ut tibi nummos mutuos darem; ego quum non haberem, dedi tibi rem vendendam, ut pretio utereris. Si non vendidisti aut vendidisti quidem, pecuniam autem non accepisti mutuam, tutius est ita agere, ut Labeo ait, P. V., quasi negotio quodam inter nos gesto proprii contractus".

Ulpianus in l. 20. D. eod.: „apud Labeonem quaeritur: si tibi equos venales experiendos dedero, ut si in triduo displicuissent redderes, tuque desul-

tor in his encurreris et viceris, deinde emere volueris, an sit adversus te ex vendito actio? Et puto verius esse P. V. agendum; nam inter nos hoc actum, ut experimentum gratuitum acciperes, non ut etiam certares". Conf. praeterea l. 17. §. 1. et l. 20. §. 2. D. eod. Ejusdem opinionis Proculus est, qui Labeonem secutus, cum Masurio Sabino, qui successit Capitoni, dissensiones illas et auxisse traditur, ut ait Pomponius de orig. iur. l. c.; arg. l. 12. D. de P. V. (Proculus): „si vir uxoris suae fundos vendidit, et in venditione comprehensum est, convenisse inter eos, si ea nupta ei esse desiisset, ut eos fundos, si ipse vellet, eodem pretio mulier transcriberet viro, in factum existimo judicium esse reddendum; idque et in aliis personis observandum est". —

Contra Sabinum in factum actionem neglexisse apparet ex l. 17. §. 5. D. eod. (Ulpianus): „si quis sponsionis causa annulos accepit, nec reddidit victori, P. V. actio in eum competit. Nec enim recipienda est Sabini opinio, qui condici et furti agi ex hac causa putat". —

Hos autem diversarum scholarum velut conditores secuti sunt alii, qui eandem hanc controversiam posterioribus temporibus transmiserunt. Ita apud Ulpianum in l. 17. pr. D. h. t. legimus: „si gratuitam tibi habitationem dedero, an commodati agere possim? Et Vivianus ait, posse. Sed est tutius P. V. agere". Vivianus autem Hadriani temporibus floruisse videtur. Idem et Melam existimasse puto, quamvis id pro certo affirmare verba l. 20. §. 1. D. eod. non patiantur. —

Longe autem plurimi iidemque summae auctoritatis viri, quotiens dubitatio quaedam interveniebat, P. V. esse agendum dicunt. Sic Ulpianus, arg. l. 13, 14, 15, 17, 18, 19, 20. D. h. t., Papinianus, arg. l. 1, 7, 8, 9. D. eodem, Paulus, arg. l. 5. D. eod. —

Hac autem in controversia, illud inprimis notandum est, quod non, sicut alias plurimum, quae sententia vera, quae falsa sit, pro certo definiri vel tum potuerit, vel hodie possit. Utraque enim opinio, quum quadam ex parte cum antiquo jure civili cohaereat, ex eo sibi vires assumere videtur. Labeo enim et Proculus ceterique successores jus civile ipsum secundum indolem et naturam suam antiquis finibus liberant, earum actionum numerum augendo; — Sabinus autem hujusque scholae auctores, antiquis juris civilis finibus servatis, intra eosdem singulorum tantum negotiorum naturam excedere permittunt. Illi negotiorum diversitate, hi eorundem similitudine adducti videntur; — illi negotiorum civilium notissimos terminos egredi non patiuntur, totum jus civile augent; hi nominatis contractibus vulgaribusque actionibus contenti, novis et inusitatis antea negotiis illas sufficere contendunt. Illi totius juris civilis terminos proferunt, hi singulorum tantum contractuum. Illi ad supplendum jus civile ipsius juris civilis principiis utuntur; hi contra singula illa: posse singula negotia ex pacto naturam suam excedere. —

In tali rerum oppositione nemo non videt, Labeonem, quamvis plurima in jure innovasse dicatur, attamen, ut ita dicam, longe civilius sensisse. P. V. enim actio ex intima antiqui juris civilis natura sumta videtur, quamvis ipsius fines transgrediatur. Nominatarum autem usus quodammodo abusus videtur. — Quo factum est, ut P. V. actio, sicut sine scripto introducta, ita et sine scripto ex sola prudentium auctoritate superior denique discederet. —

Eadem prorsus controversia scholarum exstitit in judicanda quaestione, quatenus pacta in continenti adjecta insint bonae fidei negotiis? Quod ut bene intelligatur, necessarium videtur pauca praefari. Et meminimus quidem ex superioribus, regulam fuisse juris

civilis antiquissimi, in traditionibus rerum quodcunque pactum sit, id valere. Rei autem traditio civilis obligationis causa per excellentiam videbatur, ex qua ad repetendum condictio, ad implendam autem placiti fidem P. V. actio dabatur. — Exceptionum autem loco habendi sunt tres illi reales et quatuor consensuales contractus, quippe qui nullius rei dominio tradito, civiliter consistere videbantur. In his autem contractibus, qui sine re constabant, idem illud placebat, quod in traditionibus rerum, scilicet quodcunque pactum sit id valere. In utroque enim casu contractui, sive cum re sive sine re fiebat, videbatur pactum accedere, quod ob id ipsum nequaquam nudum sed civili negotio sustentatum erat, dummodo in continenti, nullo longiore temporis spatio interjecto, additum esset. Quum autem constet, exceptionales illos contractus omnes bonae fidei esse, jam manifestum est, regulam illam notissimam: „pacta in continenti adjecta inesse bonae fidei contractibus", eodem prorsus loco habendam esse, quo illa de pactis in rerum traditione factis, quum utraque ex eadem origine profecta eodemque juris principio fulta videatur. Quae quum ita inter sese cohaereant, jam velut a priori divinare licet, quod supra contendi, sc. eundem hac in quaestione dissensum inter sectas juris consultorum romanorum exortum, quem jam supra descripsi. Quamvis enim Ulpianus in l. 7. §. 5. D. de pact. generaliter et quasi in rem loqui videatur, attamen hoc non ita esse accipiendum, probabo, postquam ipsa verba Ulpiani transcripsero: „quin immo interdum format ipsam actionem (sc. pactum), ut in bonae fidei judiciis. Solemus enim dicere, pacta conventa inesse bonae fidei judiciis. Sed hoc sic accipiendum est, ut, si quidem ex continenti pacta subsecuta sunt, etiam ex parte actoris insint. Ex intervallo non inerunt, nec valebunt, ne ex pacto actio nascatur . . . Ea enim pacta insunt, quae legem

contractui dant, i. e. quae in ingressu contractus facta sunt .... Sed ex parte rei locum habebit pactum, quia solent et ea pacta, quae postea interponuntur, parere exceptiones." — Hoc autem notandum est, de iis me tantum pactis loqui, quae actionem forment, neque de iis, quae ad exceptiones tantum valeant. — Ulpianus igitur, ut pactum insit ex parte actoris, ideoque actionem ipsam formet, id tantum requirit, ut in continenti sit adjectum. Unde effici posse videtur, nil omnino interesse, quodnam sit hoc pactum, quidque ipso contineatur. Sed cui non mirum videatur, Ulpianum, quem P. V. actioni in prima illa controversia fautorem esse scimus, eundem in hac secunda, quae eandem prorsus quaestionem contineat, ab adversariorum partibus stare? Quae inconstantia in talem juris peritum prorsus cadere non posse videtur. Quid autem? Nonne verba illa, quae transcripsi, clarissima sunt, et generaliter quasi in rem loquuntur? Quod mihi contra videtur. Neque sane hanc sententiam sine probatione in medium profero. Et quidem summa totius lege 4 pr. D. de leg. commissor. contineri videtur, in qua Ulpianus: „si fundus, ait, lege commissoria venierit, h. e. ut, nisi intra certum diem pretium sit exsolutum, inemtus fieret, videamus, quemadmodum venditor agat tam de fundo, quam de his, quae ex fundo percepta sint? itemque si deterior fundus effectus sit facto emtoris? Et quidem finita est emtio, sed jam decisa quaestio est, ex vendito actionem competere, ut rescriptis imperatorum Antonini et divi Severi declaratur". — Quorum verborum sensus hic est: Si fundus sub commissoria lege venierit, magis est ut sub conditione resolvi emtio, quam sub conditione contrahi videatur. (Ulpianus in l. 1. D. eod.). Quum autem actio emti et venditi ad id detur, ut negotium coeptum impleatur finiaturque, manifestum esse, Ulpianus iudicat, im-

pleto jam negotio finitaque emtione vel venditione haud amplius agi posse emti vel venditi, et ita imperatores illos, quod legem commissoriam attinet, contra rationem civilem rescripsisse. Illa igitur l. 4. pr. D. de leg. commiss. veram hac de re Ulpiani sententiam declarat; et eo amplius interpretandae illius l. 7. §. 5. D. de pactis rationem nobis indicat, ita ut utraque fragmenta non solum sibi invicem non oppugnent, sed ex eadem ratione civili descendere videantur. Manifestum est enim, ex ipsis pacti verbis id dijudicari debere, num negotium, quod partes contracturae sunt, sicut supra emtio, venditio, jam finitum intelligi debeat, ita ut pactum illud adjectum novum penitus negotium videatur, sua vi atque potestate constans. Sed ne res exemplis egeat, illa offeram, quae in ipsa l. 7. §. 5. D. de pact. leguntur. Si igitur initio statim contractus convenit, ne tempore statuto dilationis dos, divortii occasione, redderetur, sed statim, hoc profecto pactum non propria vi constare et novum quoddam negotium condere dici potest, sicut illud pactum, quod sub conditione resolvit emtionem; sed principali negotio addit aliquid, quod quidem extra naturam ejus contractus, sed ejusmodi tamen est naturae, ut per se nullum habeat sensum, sed legem det contractui, itaque ipsius contractus pars videatur, sine qua hoc speciali casu ex partium voluntate nullum negotium consistat. Unde sequitur hoc casu negotium sine pacto illo adjecto finitum dici non posse; et ideo hoc pactum non novam condere, sed formare tantum ex principali negotio oriundam actionem. Idem dici debet in ceteris omnibus pactis contractui in continenti adjectis, per quae quidem principale negotium non resolvitur. Illa enim omnia, aliquid extra naturam contractus adjiciendo, legem contractui dare itaque actionem formare videntur. — Ulpiani igitur, ut paucis repetam, sententia hac in do-

ctrina talis est: Pacta in continenti contractui adjecta insunt bonae fidei judiciis, quamdiu legem contractui dare videntur; quae autem principale negotium sub conditione resolvunt, sicut in emtione venditione lex commissoria et pacta de retroemendo et retrovendendo, et alia hujusmodi, quum jam finitum videatur principale negotium, actionem inde oriundam formare haud amplius possunt, sed propriam actionem progignunt. Civile enim negotium adesse nemo sanus dubitat. Si e. g. fundum tibi commissoria lege vendidi et tradidi, rem et legem adesse apparet. Fundum enim tradidi sub hac lege, ut si post certum tempus pretium solutum non sit, mihi redderetur. — Haec autem Ulpiani de pactis adjectis sententia illi sententiae nequaquam convenire videtur, quam eundem Ulpianum in contractibus innominatis professum esse supra exposui. Nil enim profecto interesse videtur, utrum per pactum adjectum nominati contractus fines excedamus, an nulla hujus contractus facta mentione tale ineamus negotium, quod ad nominatum quoddam negotium proxime accedere videatur. Et tamen primo casu, exceptis illis pactis, quae resolvendi negotii conditionem continent, nominata actione, veluti emti venditi, secundo autem P. V. agendum esse, Ulpianus censet. Cujus differentiae hanc ego rationem esse arbitror: Principium esse et fundamentum in dijudicandis causis constat, quid actum sit inter partes investigare. Quam viam secutus Ulpianus in speciebus supra propositis, quamvis idem sit negotium, attamen aliud actum esse indicat pacto nominato contractui adjecto, aliud nulla nominati contractus facta mentione, si ex re solum et ex lege totum negotium constare videatur. Quod quidem verum mihi videtur. Id enim profecto differentiam quandam in dijudicanda specie afferre debet, num ea fuerit partium voluntas, ut e. g. emtio venditio contraheretur, hic autem contractus ex pacto naturam

ditio impleatur, sed generaliter ut ad finem perducatur qualicunque modo. Unde intelligitur, ex Pomponii sententia dicendum esse, legem commissoriam emtioni venditioni, et consequenter omnia pacta, quae ad resolvendum negotium pertinent, principali contractui inesse, ipsamque principalem actionem formare. —

Si de tota igitur hac secunda quaestione cogites, eo inter se differunt Ulpiani et Pomponii sententiae, quod ille ea tantummodo pacta in continenti adjecta inesse bonae fidei negotiis dicat, quae non ad resolvendum valeant negotium; Pomponius autem omnia omnino pacta in continenti adjecta inesse actionemque formare defendat. —

Quam autem nos eligamus sententiam si quis quaerat, primum investigandum erit, quae jure romano novissimo obtinuerit, quaeque ideo superior abierit? Duobus vero tantum modis fieri potest, ut sententia quaedam jurisconsultorum superior discedat, sc. tacito et voluntario jurisconsultorum consensu et imperio legislatoris. Quorum hac in quaestione neutrum obtinuit. Quod enim primum attinet jurisconsultorum sententiam, tantum inter sese distabant, ut nullo penitus modo conciliari posse viderentur. Utraque enim opinio firmis admodum rationibus sustinebatur, bonisque argumentis defendebatur, adeo quidem ut generalem in modum quae falsa quae vera sit affirmari non posse, sed utraque potius aliqua ex parte juris civilis vim atque auctoritatem sumere videretur. Cujus vel maximum testimonium illud est, quod utriusque sententiae testimonia in juris nostri fontibus invenimus, et quod imperatores ipsi, nullam reprobantes sententiam, utramque saepius actionem simul indulserunt. Ita in pacto de retrovendendo imp. Alexander ita rescripsit (arg. l. 2. C. de pact. inter emt. et vendit.): „si fundum parentes tui ea lege vendiderunt, ut sive ipsi sive heredes eorum, emtori pretium quan-

docunque vel intra certa tempora obtulissent, restitueretur, teque parato satisfacere conditioni dictae heres emptoris non paret, ut contractus fides servetur, actio P. V. vel ex vendito tibi dabitur . . . .".

Et bene mihi rescripsisse videtur imp. Alexander. Nam qua ex parte cunque rem aggredior, nulla mihi occurrit ratio, quae pro altera tantum faciat actione, alteram vero penitus rejiciat. Quamvis enim id negari non possit, totum juris civilis ingenium et historiam ad P. V. actionem inclinare, attamen et nominatae actionis ingenium a novo hoc usu non abhorret. Utroque igitur modo jus civile progredi posse videtur, et ea tantum differentia intercedit, quod P. V. actio totius juris civilis antiqui ultimam, ut ita dicam, generalisationem continet, nominati autem contractus actio singularum tantum ejus partium. Postquam vidimus de jurisconsultorum consensu vel potius dissensu, videamus num legislatoris imperium quaestionem ad finem perduxerit. Quod factum non esse discimus. Nulla enim in fontibus nostris lex invenitur, quae sicuti in plurimis aliis jurisconsultorum controversiis, vel Ulpiani vel Pomponii sententiam formaliter receperit. In uno tantum casu decisa est quaestio. Legi enim commissoriae ut pareatur in emtionibus venditionibus, P. V. agendum esse imp. Antoninus et Severus rescribunt in l. 4. pr. D. de lege commiss.; quam decisionem Ulpiano non placere supra vidimus. — Quum igitur in reliquis casibus omnibus nil sit decisum, summi momenti mihi videtur, ceterorum jurisconsultorum, qui hac in re Ulpianum, qui vero Pomponium secuti sint, investigare. Ulpiano primum Proculus assentit in l. 12. D. de P. V.: „si vir uxori suae fundos vendidit, et in venditione comprehensum est, convenisse inter eos, si ea nupta ei esse desiisset, ut eos fundos, si ipse vellet, eodem pretio mulier transcriberet viro, in factum existimo judicium esse

reddendum, idque in aliis personis observandum est". (Proculus). Eandem sententiam Paulus defendit in l. 6. D. de rescind. vendit.: „si convenit, ut res, quae venit, si intra certum tempus displicuisset, redderetur, ex emto actio est, ut Sabinus putat, aut proxima emti actio in factum datur". —

Ex his igitur fragmentis apparet, in hac secunda quaestione sicut in illa prima, Proculum, Ulpianum et Paulum P. V. actionem contra Sabinum defendisse, in resolutoriis sc. pactis. Quod enim reliqua omnia attinet pacta, inter utramque partem id convenit, inesse bonae fidei contractibus. Cujus rei argumentum quamvis in antecedentibus omnibus positum videatur, attamen et expressum Pauli testimonium, quod exstat in l. 26. §. 1. D. depos., afferam; cautionem enim hujusmodi factam esse dicit: „suscepi habeoque apud me titulo depositi suprascripta denarium argenti X millia, neque ad praescriptum omnia praestiturum et promitto et profiteor; conventione sc. inita, ut quoad omne argentum reddatur in singulos menses singulasque libras usurarum nomine quaternos tibi obolos subministrem". Et tum: „quaero an usurae peti possint? Paulus respondit, eum contractum, de quo quaeritur, depositae pecuniae modum excedere; et ideo secundum conventionem usurae quoque actione depositi peti possunt". Quo in fragmento summi mihi momenti videtur esse vox „ideo", quippe quae aperte significet, depositum quod per se ipsum non patiatur, suscipere ex pacto convento, actionemque depositi per pactum conventum eo protrahi posse, quo sine hoc pervenire non possit. Quod egregie confirmat ea, quae supra de differentia actionum exposui, secundum quod per pactum adjectum nominati cujusdam contractus fines sunt excessi, vel nulla nominati contractus facta mentione inde ab initio negotium quoddam proprii contractus initum est. Eundem casum eodem penitus

modo decisum videmus a Papiniano in l. 24 et 25. §. 1. D. depos. —

Summa igitur totius haec est: Scholarum controversia, quam in prima illa quaestione obtinuisse vidimus, et in hac secunda obtinuit de pactis in continenti adjectis, quatenus insint bonae fidei contractibus. — Sabinus enim et Pomponius omnia omnino inesse dicunt; contra Proculus, Ulpianus et Paulus excipiunt ea, quae resolvendi negotii causa sunt adjecta. — Huic tantae differentiae in uno tantum casu remedium attulerunt imperatores, sanciendo ut, lege commissoria venditioni adjecta, venditi ageretur. Ad implendum vero pactum de retrovendendo et per actionem venditi et P. V. cogi posse emptorem, expressis verbis rescriptum invenimus. Quod et in aliis omnibus causis, ubi nil rescriptum est, obtinere debere arbitror. Primum enim haud sine causa utriusque partis opiniones in digestis receptae sunt. Deinde vero et id mihi hoc loco maximi momenti esse videtur: contendere ausim, et Sabinum etiam ceterosque nominatae actionis defensores, recepta generaliter in usum P. V. actione, nil amplius huic opponere valuisse. Quam sententiam me illo argumento probaturum spero, quod in omnibus omnino contractibus nominatis, ubi nominata actio competebat, et P. V. agi poterat, dummodo res et lex adessent. Cujus rei vel unum exemplum attulisse satis est. Ulpianus in l. 50. D. de contrah. emtion. Labeonem ita scripsisse refert: „si mihi bibliothecam ita vendideris, si decuriones campani mihi vendidissent in quo eam ponerem, et per me stet, quominus id a Campanis impetrem, non esse dubitandum, quin P. V. agi possit. Ego (Ulpianus adjicit) etiam ex vendito agi posse puto, quasi impleta conditione, quum per emtorem stet, quominus impleatur". — Nemo enim hoc casu dubitare potest, quin ex vendito actio proprie teneat ob rationem ab Ulpiano allatam. Attamen

et P. V. agi posse Labeo ait, quum res et lex aperte huic negotio subesse videantur. Quod autem in hoc casu valet, cur non et in aliis omnibus valeat, in quibus ex unius tantum scholae opinione nominata actio dari solebat? Unde id necessario sequitur, P. V. actionem postea generaliter et ab omnibus pariter acceptam esse, totamque scholarum differentiam in eo constitisse, quod Sabiniani et nominatas actiones ad resolvenda ex pacto negotia valere defenderint. —

Ecce ad finem perduxi historiam P. V. actionis; neque quidquam obstare arbitror, quin jam ad exponendam ipsam hujus actionis doctrinam accedam. — Ex superioribus autem id intelligimus, ubicunque nominata quaedam juris civilis actio competat, numquam ad P. V. descendere solitos esse Romanos. Multi autem inveniuntur casus, in quibus non pro certo affirmari posse videtur, num nominata quaedam juris civilis actio competat, an non; quique id ipsum in dubio relinquunt. Unde liquet, si causam adhibitae P. V. actionis inspicias, duas esse summas hujus actionis species: alteram eos casus continentem, in quibus dubium tantum videbatur, num nominata quaedam juris civilis actio competere possit; alteram, cujus natura a nominatorum contractuum natura tantum recedit, ut praeter P. V. actionem nulla omnino actio civilis iis superesse videatur. In quam utramque speciem accuratius nunc inquiram.

Id autem principio totius monendum videtur, divisionem hanc non ad rei principia descendere, sed classificationem potius continere innumerabilium casuum, in quibus P. V. agi posse dicitur. Utraque igitur species eodem fundamento fulcitur, iisdemque principiis regitur. Illius igitur divisionis utilitas in eo solo consistit, quod quae sine ordine memoriae tradi non possunt, eadem ita digesta et separata facilius retinentur; idque eo magis, quod nil tam actionis illius

ingenio convenire videtur, quam ut priusquam adhibeatur, unusquisque casus accuratius examinetur, num nominatam quandam actionem inveniat. — Cujus examinationis eventus atque summa duplex esse potest. Aut enim eo nos adducit, ut abesse aliquam nominatae actionis conditionem pro certo affirmare debeamus; aut ut dubium certe esse, num valere possit antiqui juris civilis actio, inficias ire non possimus. Unde liquet, totam hanc casuum inter sese comparationem eo potissimum fine fieri, ut per eam, nullam competere posse juris civilis actionem, probetur. Quam ad rem velim diligenter animum attendas. Summi enim momenti et consequentiarum plenum est quod inde sequitur, sc. P. V. actionem non ob similitudinem cum nominatorum aliquo contractu, sed ob dissimilitudinem potius indulgeri. Quod si bene intelligas, illud jam longiore probatione non indiget, P. V. actionem nequaquam utilem esse bonae fidei actionem, sed sua vi atque potestate constare. Quam tamen sententiam et rei gravitas et auctorum hac de re dissensio inducunt me ut paucis illustrem. — Illud enim constat, utiles actiones nequaquam sua vi atque potestate constare, sed ad similitudinem aliarum potius dari, quibus accommodantur, et ex quibus velut originem suam trahere videntur. Cui notioni e diametro opposita est illa P. V. actionis, quae non ob similitudinem cum civili quodam contractu datur, sed ob dissimilitudinem potius. Cui argumento accedit illud fortissimum, quod in tota illa specie casuum, qui a nominato contractu tantum absunt, ut civilis actio iis prorsus deneganda videatur, et P. V. actio, si utilis est nominatarum actionum, consequenter deneganda videtur. Quod tamen quantum a veritate absit, monere paene superfluum est. — Sed et illi secundae speciei casus, qui similitudinem quandam cum nominatis contractibus majorem minoremve exhibent, P. V. actio-

nem ut utilem rejiciunt. Prorsus enim id intelligere non possum, ubi cum duobus pluribusve nominatis contractibus eadem similitudo intercedat, cujus rei exempla infra afferam, utrius P. V. actio utilis sit et cur alterius potius. — Quae argumenta sufficiunt, si et illud adjecerim, quod tota P. V. actionis historia id extra omnem dubitationem ponit, non singulis negotiis juris antiqui P. V. notionem accessisse, sed potius totum juris antiqui corpus hanc invenisse generalisationem. Unde quidam dicendum existimavere, P. V. actionem non quidem singulis actionibus, sed toti potius juri civili ut utilem accessisse. Sed ego et hanc opinionem rejicio ob hanc solam jam rationem, quod regula nunquam ex exceptione vim atque effectum trahere potest. Regula autem est res et lex, quibus P. V. actio constat, exceptio vero contractus, qui sine re consistit, sicut in plurimis nominatis juris antiqui contractibus. Non igitur animadvertunt illius doctrinae defensores, ordinem totum se intervertere et ima summis miscere, exceptione in ipsius regulae auctoritatem erecta. — Id tamen inficias ire non possum, exstare quaedam, quae nostrae sententiae de natura P. V. actionis oppugnare videntur, quae quomodo sint intelligenda nunc videamus, ne quid hac in re dubii remaneat. Et incipiam quidem a minore. Imp. enim Alexander in l. 6. C. de transactionib. ita rescribit: „... aut enim stipulatio conventioni subdita est et ex stipulatu actio competit, aut, si omissa verborum obligatio est, utilis actio, quae P. V. rem gestam demonstrat, danda est". Totus enim loci contextus indicat, utilem ideo P. V. actionem hoc loco dici, quod casu hoc competere videatur. Neque eo confundamur, quod imperator conjunxit: „utilis actio danda est". Hoc enim nil aliud mihi significare videtur, quam „utilis actio est". — Et ecce Basilicon libri mirum in modum pro hac sententia faciunt, vocem „utilis" omit-

tentes. — Illa autem vocis utilis significatio primitiva est, et jurisconsultis romanis nequaquam inusitata. Ita enim dicitur: „utilis conventio est", quod legitur in l. 1. C. de pact. conv. —

Longe majoris autem momenti est fragmentum illud celeberrimum Pauli, quod exstat in l. 5. D. de P. V., in quo Paulus a speciali quodam casu occasionem arripiens, totum ob rem dati tractatum inspicit. Quod tamen fragmentum, si recte interpretaris, non solum nostram de P. V. actione sententiam non infirmat, sed omnia potius, quae de ejus natura admonui, pleniter confirmat. Primum omnium id mihi summi momenti videtur, quod Paulus a specie ad genus progrediens, velut summam contractuum omnium proponat, quod ob rem aliquid datum sit. Haec enim in ipso nostro fragmento generalis obligationis causa videtur, quae in quatuor speciebus competere possit. Aut enim do tibi ut des, aut do ut facias, aut facio ut des, aut facio ut facias. Quis autem et in illo summo genere et in quatuor his speciebus non videat inesse rem et legem, quae duo elementa P. V. actionis esse supra probavi. Res enim eo continetur, quod datum aut factum est; lex eo, quod dandum vel faciendum injunctum est accipienti. Unde illud confirmatur, quod jam indubitatum videtur, sc. P. V. actionem regulam esse juris civilis. Cui regulae opponimus exceptionis loco nominatos antiqui juris civilis contractus praeter mutuum, quod antiquissimum et velut fundamentum totius obligandi juris esse scimus. Cui sententiae accedere vidimus Paulum l. c. Explicans enim singulos articulos non dubitat iisdem et nominatos contractus subjicere, veluti emptionem, locationem, mandatum; quo aperte declaratur, jure quidem ordinario ob rem datum obligationem parere; adesse tamen casus quosdam, in quibus solus consensus idem valeat, quod in ceteris omnibus ob rem da-

tum. — Sed jam venio ad ea, quae nostrae sententiae oppugnare dicuntur, aliosque induxerunt, ut utilem esse singularum civilium actionum P. V. actionem defenderent. In primis enim duobus articulis Paulus invenit nominatos contractus, velut in primo emtionem venditionem, in secundo locationem conductionem, ad quorum similitudinem dari P. V. actionem in his duabus speciebus docet. — Tertium vero articulum ita absolvit: „Quodsi faciam ut des, et postea quam fecerim cesses dare, nulla erit civilis actio et ideo de dolo dabitur". Quorum verborum sensus sine dubio hic est: quum nulla inveniri possit nominata civilis actio, per quam qui fecit alterum ad dandum urgeat, manifestum est, neque P. V. civilem actionem in tali umquam schemate competere posse. Unde efficitur, P. V. actionem ex nominatis actionibus vim atque effectum trahere, iisque ut utilem actionem accedere. Neque ego hanc conclusionem falsam esse dico, sed tamen illi opinioni non accedo; puto enim, non ob similitudinem, sed ob dissimilitudinem potius innominati contractus cum nominatorum aliquo P. V. actionem dari; neque ad hanc rem infirmandam mihi sufficere videtur hoc Pauli fragmentum, quum quaestio non tam in eo versetur, quid in quodam casu apud Romanos juris fuerit, sed quae eorum, quae aperte juris auctoritatem obtinuère, causa et ratio fuisse videatur, et quo hoc ipsum jus fundamento fulciatur. Qua in causa investiganda liberum est unicuique, Pauli sententiae accedere, vel eam rejicere secundum summam eorum, quae ipse de rei tractandae natura invenerit; neque Pauli de hujus actionis indole privata opinio legem nobis imponere potest, ut neglecta factorum veritate Pauli opinionem praeferamus. Factorum enim veritatem Pauli opinioni oppugnare non solum ex his intelligitur, quae supra de historia et indole actionis disserui, sed et praesertim ex plurimis fragmentis, in qui-

bus qui fecit, P. V. agit ut adversarius det quae promisit. Quod primum occurrit in hac, ab Ulpiano in l. 15. D. de P. V. proposita specie: si pactum intercessit ob indicium servi fugitivi, hoc est ut, si indicasset, apprehensusque esset servus fugitivus, certum aliquod daretur, videamus an possit agere qui indicavit? „Et quidem, respondit, conventio ista non est nuda, ut quis dicat, ex pacto actionem non oriri, sed habet in se negotium aliquod; ergo civilis actio oriri potest, i. e. P. V., nisi si quis et in hac specie de dolo actionem competere dicat, ubi dolus aliquis arguatur". — Hic igitur Ulpianus actionem P. V. competere declarat, neque quidquam curat de hujus negotii cum nominatorum quodam contractuum similitudine, eo contentus, quod pacto res accedit. —

Illa igitur lex nostram sententiam pleniter confirmat, sc. P. V. actionem sua vi ac potestate constare, neque ut utilem accedere nominatis actionibus. Ubicunque igitur similitudinis cujusdam mentio fit, velut hoc modo: „P. V. actio dabitur, proxima emti actioni", id ob alias causas fieri manifestum est; quas postea explicabo. — Eodem facit Gaji fragmentum in l. 22. D. eod. Namque et huic speciei schema subest: facio ut des. Casus talis est: dedi tibi vestimenta sarcienda; tu hanc operam neque gratis suscepisti, neque protinus aut data aut constituta est merces; ita ut neque mandatum, neque locatio conductio contracta videatur. Hoc casu quum eo animo negotium gestum fuerit, ut postea tantum mercedis nomine daretur, quantum inter nos statutum sit, placet Gajo, „quasi de novo negotio in factum esse dandum judicium i. e. P. V." —

His igitur de utraque specie casuum, in quibus P. V. actio competit, praemonitis, transeo ad eorum casuum enumerationem, in quibus tutius videbatur, P. V. agere. Qui omnes id commune habent, quod periculum nominatam actionem intendenti imminere vi-

detur, ne causa cadat litemque perdat. Periculum autem his tribus speciebus consistere posse videtur:

I. Constat adesse nominatum quoddam negotium, dubitatur de negotii nomine et qualitate. Exemplum proponit Papinianus in l. 1. §. 1. D. de P. V.: „Domino mercium in magistrum navis, si sit incertum, utrum navem conduxerit aut merces vehendas locaverit, civilem actionem in factum esse dandam, Labeo scribit". Periculosum enim videtur propter formularum angustias, de locatione intendere, sicut ab altera parte de conductione, quare quum res et lex subsint, ad P. V. convolandum videtur. —

II. Nominatorum contractuum fines usu hominum et prudentium auctoritate sensim sensimque ad notissimos terminos sunt protracti. Attamen, quum natura rerum conditum sit, ut novi semper casus existant, pluraque sint negotia, quam quae certissimo jure inde ab initio regi posse videantur: evenit ut novae de antiquorum negotiorum finibus dubitationes orirentur, quae dubitationes, quamvis nominatas actiones non prorsus rejecerint, attamen P. V. actioni ut tutiori auctoritatem addiderunt. Cujus secundae speciei exempla innumerabilia sunt et ideo inter sese dissimillima. Primum enim huc pertinent casus omnes, in quibus, sicut supra demonstravi, altera jurisconsultorum secta nominatam competere actionem defendit. In tali enim controversia utique tutius videbatur, P. V. agere. Quibus de casibus nil prorsus addam. — Sicut autem in his casibus dubitatio de contractuum finibus P. V. actioni originem dat, ita et in alio quodam casu, de quo nil aliud adhuc monui. Proponitur ab Ulpiano in l. 19. pr. D. de P. V.: „rogasti me, ut tibi nummos mutuos darem; ego quum non haberem, dedi tibi rem vendendam, ut pretio uterer is. Si non vendidisti, aut vendidisti quidem, pecuniam autem non accepisti mutuam, tutius est, ita agere, ut Labeo ait, P. V.,

quasi negotio quodam inter nos gesto proprii contractus". — Quaestio haec in mutuo versatur, dubitaturque de negotii qualitate, nam sc. mutui fines egrediuntur. Quamvis enim initio mutuum nisi nummis traditis et ex meo dominio in tuum translatis consistere non posse videretur, postea tamen singularia quaedam a Proculejanis accepta vidimus, quae omnia supra jam exposui. — In quibus quamvis liberior Proculejanorum opinio postea generaliter recepta videatur, attamen tutius certe erat, P. V. agere, quam ex mutuo condicere. —

III. His duabus dubitationis et periculi speciebus accedit tertia species, quae tales casus continet, in quibus ipsius negotii varii eventus varias actiones requirunt; ita ut, eventu adhuc incerto, nominatam intendere actionem periculosissimum videatur. Uno exemplo contentus sum, quod ab Africano in l. 24. D. de P. V. proponitur. Species ejusmodi est: „Titius Sempronio triginta dedit, pactique sunt, ut ex reditu ejus pecuniae tributum, quod Titius pendere deberet, Sempronius praestaret, computatis usuris semissibus; quantoque minus tributorum nomine praestitum foret, quam earum usurarum quantitas esset, ut id Titio restitueret; quod amplius praestitum esset, id ex sorte decederet; aut si et sortem et usuras summa tributorum excessisset, id quod amplius esset Titius Sempronio praestaret; neque de ea re ulla stipulatio interposita est." — Postea autem Sempronius ex usuris amplius redegit, quam tributorum nomine praestitit. Quaeritur, qua actione Titius id repetere possit? Africanus primum in mutuum incidit. Sed quod usuras attinet, has nisi in stipulationem deductas peti non posse, sibi ipse objicit; quoad sortem autem, ne hujus quidem petitionem pecuniae creditae esse, primum quod conventio illa: „quod amplius praestitum esset, quam ex usuris redigeretur, id sorti decederet", jus et causam cre-

ditae pecuniae excedat; deinde quod triginta illa data nequaquam Sempronii periculo sint, quod aequaliter mutui natura non patitur. — Quum igitur negotium contractum a mutuo penitus recedere videatur, an non quasi mandatum contractum sit, Africanus quaerit. Neque hoc prorsus rejicit, sed num adsit, ex eventu ipsius negotii pendere docet, his verbis: „nisi quid ultra semissem consecuturus esset." Mandatum enim gratuitum esse constat, quod jam in nostra specie non esse apparet, si ultra semisses quid ex sorte consecutus est Sempronius. Quo incerto eventu motus, tutius esse in factum P. V. actionem dare, Africanus docet. Aliud ejusdem speciei exemplum proponit Paulus in l. 15. §. 4. D. de P. V. —

In omnibus his casibus, quos in tres distribui species, dubitationis causa P. V. actio competit. In iis autem, quos nunc subjiciam, dubitatio nulla intervenit, ideoque non tutius, sed verius esse P. V. agere dicitur. — Hanc enim verborum differentiam velim diligenter attendas. Tutius enim sine praecedente periculo non intelligitur; periculum autem ex dubitatione illa nascitur. Ubi vero dubitationi locus non est, sed aperte quid nominatae actioni deest, tum verius esse dicitur, P. V. agere. — Eadem igitur in hac secunda specie casuum invenitur, quae in prima illa, comparatio negotiorum dijudicandorum cum nominatis contractibus. Diversitas autem utriusque speciei in eventu est hujus comparationis. Prima enim illa comparatio exhibet dubitationem; secunda autem haec nominatam actionem prorsus rejicit, et P. V. actionem solam comprobat. Quae res id quod supra de indole P. V. actionis dixi, adhuc confirmat; ita ut tota haec secunda species casuum argumento sit, sua vi atque potestate constare P. V. actionem, neque utilem esse nominatarum actionum. Profecto enim innominatum negotium, cujus ex comparatione cum nominato quo-

dam contractu, dissimilitudo tantum utriusque negotii efficitur; nullo modo utilem nominati contractus actionem sibi invenire potest. Nil enim tam contra rerum naturam est, quam dissimilia negotia similes procreare effectus. — Qua in re nil dubii, nil ambigui remanebit, quum hujus secundae speciei varios casus enumeravero. — Sicut enim supra primae speciei casus certis subjeci numeris, ita et hic memoriae adjuvandae causa facere, e re est.

I. Primo loco eos colloco casus, in quibus nominatus contractus non ad finem perductus, sed, ut ita dicam, medio cursu inhibitus videtur. In omnibus enim his casibus, quum conditio quaedam nominatae actionis inimpleta remanserit, manifestum est, quamvis civile negetium subsit, attamen nominatum contractum non adesse. Exempla autem haec sunt. a) Ulpianus in l. 20. pr. D. de P. V. speciem proponit hujusmodi: „si tibi equos venales experiendos dedero, ut si in triduo displicuissent, redderes, tuque desultor in his cucurreris et viceris, deinde emere nolueris, an sit adversus te ex vendito actio? Et puto, verius esse, P. V. agendum. Nam inter nos hoc actum, ut experimentum gratuitum acciperes, non ut etiam certares." — Hoc enim casu emtio venditio, quamvis inchoata, tamen adimpleta non videtur; et ideo ex vendito actio non competit. Sed quum sub certa lege datum videatur, P. V. agi potest, ut conventioni stetur, sc. ut equi redhibeantur quales redhiberi debent, vel, si id jam fieri haud amplius potest, ut pecunia id sarciatur. — b) Huic casui simillimus est ille quem apud Melam se invenire Ulpianus scribit. L. 20. §. 1. D. eod. Hujusmodi est: mulas tibi dedi, ut experiaris, et si placuissent, ut in dies singulos aliquid praestares. Mulae autem a grassatoribus ablatae sunt intra dies experimenti. — Hac in specie interest, num emtio jam contracta videatur, ita ut sub conditione

postea resolvi possit, an futura tantum sit. Primo casu manifestum est, id, quod interest, per actionem venditi peti posse; secundo autem casu, quum emtio nondum perfecta sit, sed tamen civile negotium subsit, P. V. agi debere. Quae distinctio ab Ulpiano probatur his verbis: „puto autem, si quidem perfecta sit emtio, competere ei ex vendito actionem; si vero nondum perfecta esset, actionem talem qualem adversus desultorem dari." Adversus desultorem autem P. V. agi supra vidimus. — c) Tertium hujus rei exemplum proponitur ab Ulpiano in l. 9. §. 3. D. de dolo malo. Oleum tuum quasi suum defendit Titius; hoc oleum deponis apud Sejum, ut is hoc venderet, donec inter nos dijudicaretur cujus oleum esset. Postea autem Titius judicium non accipit. Quaeritur, qua actione conveniri possit Sejus, ut quae accepit, reddat? Hoc autem casu manifestum est, neque mandati, neque depositi cum sequestro agi posse; nondum enim impleta conditione neque mandatum neque depositum ad finem perductum videtur. Quum tamen et res et lex subsint, ex civili hoc negotio oritur ad implendam placiti fidem P. V. actio. d) His adjiciam exemplum, cujus ea est natura, ut propter ipsam actionem nominatus contractus perfectus non videatur. Si enim tibi scyphos dedi, et convenit, ut aut eosdem scyphos aut ejusdem ponderis argentum redderes, quum rei sit in hac specie electio, manifestum est, ex qualitate ipsius demum solutionis dependere, quod negotium sit contractum, utrum commodatum aut aliud quoddam proprii contractus negotium. Ubi autem solvere cessat reus, fieri non potest, ut commodati agat adversarius; commodatum enim nondum finitum est, et actione interveniente, numquam finitum se intelligi quidem potest. Qua igitur actione ad placiti fidem urgeat promissorem? P. V. tantum id fieri posse constat; neque

enim hoc modo periculum subit, ne plus petendo causa cadat. — Conf. §. 33. I. de actionib. —

II. His autem casibus opponimus eos, in quibus nil quidem infinitum remanet, qui tamen inde ab initio finiti, certas indubitatasque cum nominatis contractibus differentias exhibent. — Horum igitur casuum cum nominatis contractibus comparationem hoc animo fieri apparet, per quam utriusque negotii dissimilitudo manifesta fiat, et, quum nulla nominata competere possit actio, P. V. agendum esse appareat. — Quod ut planum fiat, pro singulis nominatis actionibus singula praescriptorum verborum exempla afferam:

a) Emtio venditio. Haec solo consensu contrahitur, et non intelligitur, nisi si pretium intervenerit pecuniarium. Unde manifestum est, permutationem rerum emtionem venditionem non esse, et ideo re data si alter contra dare cesset, non emti sed P. V. tantum agi potest ut placito stetur. Permutatio igitur proprius contractus est, ab emtione et venditione multifariam recedens; arg. l. 1. D. de rer. permut.; et ideo dubium non esse dicitur, nasci ex civili hac obligatione P. V. actionem; l. 5. §. 1. l. 6. l. 25. D. de P. V.

b) Locatio conductio. Sicut emtio venditio ita et locatio conductio sine certo pretio pecuniario non intelligitur. Et ideo si pecuniam tibi dederim ut tabulam pingas, locatio erit sicut superiore casu emtio; si autem rem, non erit locatio, sed nascetur civilis actio, quae P. V. rem gestam demonstrat, arg. l. 5. §. 2. D. de P. V. — Illa autem pecuniaria merces certa esse debet. Quare si e. g. polienda tibi sarcienda ve vestimenta dederim, mercede data aut constituta, locationis conductionisque negotium geritur. Quodsi neque data protinus neque constituta sit merces, sed eo animo negotium gestum fuerit, ut postea tantum mercedis nomine daretur, quantum inter nos statutum sit, placet quasi de novo negotio in factum dandum

esse judicium, i. e. P. V.; arg. l. 22. D. de P. V. — Sunt autem facta quaedam quae locari non solent, puta ut manumittas; l. 5. §. 2. in fin. D. de P. V.; vel ut servi fugitivi ubi celentur, indices dominis, l. 15. D. eod. Quibus casibus, si tu quidem manumiseris aut indicaveris, alterum mercedem statutam solvere cessantem urgebis ad placiti fidem P. V. actione. —

c) Mandatum. Mandatum gratuitum esse debet. Quae ratio facit, ut in sequentibus speciebus P. V. potius quam mandati agendum esse dicatur. Nam si pacti sumus ut tu a meo debitore Carthagine exigas, ego a tuo Romae, et ego exegi, tu cessas, mandatum quodammodo intervenisse videtur, sine quo exigi pecunia alieno nomine non potest. Sed si quidem uterque eandem quantitatem impendimus in exigendo, nulla dubitatio est, quin mandatum sit contractum. Sin autem alter plus impenderit, quum ea ipsa quantitas mercedis loco esse videatur, P. V. agendum erit; arg. l. 5. §. 4. D. de P. V. — Eodem loco est ille, qui servum alicui tradiderit ita, ut ab eo intra certum tempus manumittatur. Hoc enim casu manifestum est, in ipsa temporis adjectione, intra quod servus manumittatur, mercedem contineri. Qui enim servum traditum intra biennium manumittendum suscepit, placito satisfecisse videtur, si vel ultima ejus spatii die manumiserit. Quare qui tradidit, non mandati, sed P. V. agere debere, Paulus in l. 5. §. 2. D. de P. V. nos docet. — Manifestum est autem non quamcunque temporis adjectionem inde ab initio mandatum prohibere, veluti si servum tibi tradidero, ut eum post mortem meum manumittas. Potest enim mors vel eodem die insequi, quo servum tradidi, et ita gratuitum mandatum constituere. Quod bene sentiens Gajus in l. 27. §. 1. D. Mandati: „si servum, inquit, ea lege tibi tradidero, ut eum post mortem meam manumitteres, constitit obligatio.”

d) Societas. Si tibi rem vendendam certo pretio dederim, ut quo pluris vendideris, tibi habeas, quaeritur, num pro socio agere contra te possim? Quod negandum est, quia societas non videtur contracta in eo, qui te socium distractionis non admisit, sed sibi certum pretium excepit. — Eodem modo si tibi areae meae dominium dedero, ut insula inaedificata partem mihi reddas, nulla societas esse videtur, quia nemo societatem contrahendo rei suae dominus esse desinit. Quare et in re vendenda et in area tradita, si placita fides non exhibeatur, in factum, i. e. P. V. agendum est; arg. l. 13. D. de P. V. —

e) Commodatum. Commodatum gratuitum esse debet sicut mandatum. Quae res facit, ut, quum unum bovem quis haberet, et vicinus ejus unum, et placuisset inter eos, ut per denos dies invicem boves commodarent, ut opus facerent, et apud alterum bos periisset, commodati actio non competeret, quia non est gratuitum commodatum sed P. V. agendum esset; arg. §. 2. I. de locat. conduct. — Aliud autem ejusdemmodi exemplum Pomponium in l. 13. §. 2. D. commodati proponere putant. Quod mihi contra videtur. — Quaestio hujusmodi est: si libero homini, qui mihi bona fide serviebat, quasi servo rem commodavero, videamus an habeam commodati actionem? Et Pomponius quidem, Celsum filium secutus, qui, si jussissem eum aliquid facere, vel mandati cum eo vel P. V. experiri me posse dicit, idem in commodato esse probat, ita ut et commodati et P. V. agi posse videatur. — Contra autem Labeo et Paulus in l. 19. §. 2. D. de negot. gest. mandati cum illo agi non posse defendunt, et consequenter idem in commodato dicere debent. Rationem autem hanc addunt: „quia non libera voluntate exsequatur rem sibi mandatam, sed quasi ex necessitate servili". Pomponius contra: „plerumque accidere, inquit, ut extra id, quod

agitur, tacita obligatio nascatur, veluti quum per errorem indebitum solvendi causa datur". Nostrum quidem non est, quae verior sit sententia definire; id tantum nominasse sufficiat, Labeonem et Paulum, qui commodati actionem denegant, et P. V. actionem non competere censere. Quum enim in omnibus, quos adhuc exposui, casibus, ubicunque nominatam actionem non competere probavi, statim P. V. agendum esse affirmare non dubitaverim: summopere cavendum est, ne idem et in hanc speciem transferens, quamvis commodati agi non possit, tamen P. certe V. agi posse dicas. Eadem enim ratio illa, quae Labeonem Paulumque ut mandati actionem denegent, induxisse videtur, et P. V. actioni oppugnat. Nam et in hoc pactum, ex Pauli certe et Labeonis sententia, non quasi ex necessitate servili sed libera voluntate susceptum esse debet. Quod per ultima l. 19. §. 2. D. t. c. verba extra omnem dubitationem ponitur. „Erit igitur negotiorum gestorum actio, quia et gerendi negotii mei habuerit affectionem, et is fuerit, quem obligare possem". Ex quibus omnibus sequitur, hanc controversiam non in eo consistere, num verius sit P. V. quam commodati et mandati agere, sed in eo, num et nominata et P. V. actio competant, an utraque rejicienda sit. Quare non eodem ordine cum antecedentibus haec species habenda videtur.

f) Depositum. Depositum deponentis solum continet utilitatem, unde fit, ut si tibi pretii explorandi gratia rem tradam, quia utriusque causa hoc fieri videtur, depositum intelligi non possit. Quod Papinianus in l. 1. §. 2. D. de P. V. confirmat his verbis: „si quis pretii explorandi gratia rem tradat, neque depositum, neque commodatum erit, sed non exhibita fide in factum civilis subjicitur actio". —

Hi autem omnes secundae speciei casus a nominatis contractibus et praesentim iis, quorum comparationem hab-

ierunt, longius remoti sunt, quam illi, qui dubitationem tantum exhibent. Unde sequitur, et P. V. actionem, quamvis sua semper vi atque potestate constet, neque utilis sit: tamen, quotiens dubitationis causa competat, propius ad nominatas accedere actiones, quam in casuum dissimilitudine plena et indubitata. Manifestum est enim, aliter fieri non posse, quam ut similia negotia, etsi non iisdem actionibus munita, similibus tamen juris regulis consistant. Hae enim regulae, praesertim in bonae fidei judiciis ex ipsa eorum, quae acta sunt, natura sumtae videntur; ideoque nil tam naturale est, quam ut regulae illae nominatorum contractuum et ad ea trahantur negotia, quae easdem propria vi procreare valerent, ni jam occasione nominatorum contractuum a jure antiquo definitae et receptae fuissent. Unde manifestum fit, comparationem illam et hanc praebere utilitatem, ut quibus regulis regenda sint haec proprii contractus negotia velut uno verbo indicet. Hoc tamen de illis praesertim casibus valet, in quibus tutius videbatur, P. V. agere; ii autem, in quibus verius esse dicitur, P. V. actione uti, quum casuum dissimilitudo indubitata sit, saepius proprias requirunt regulas, naturae novi negotii adaptatas et ex iis, quae acta esse videntur, sumtas. Quo in genere, etsi eaedem saepe, quae in nominatis contractibus, regulae propositae sint: tamen non ex iis sumtae et ad nova haec negotia translatae sunt, sicut in prima casuum specie, sed ex nuda et propria rerum examinatione descendere videntur. Quae omnia ut manifesta fiant, operae pretium est, quas supra enumeravi speciebus retractatis, quibus ipsae negotiis regantur investigare et quid id ipsis v e n i a t examinare. — Meminimus autem ex superioribus, P. V. actionem incerti semper esse; Venit enim quod interest mea, meum non fecisse quod promisit, aut me id fecisse, quod feci. Qua de re infra, ubi de poenitentia agam, latius tractabo. —

Hoc autem ipsum, quod in unoquoque casu interesse videatur, secundum negotiorum ipsorum naturam partim ex comparatione cum nominatis contractibus, partim ex ipsis illis, quae gesta sunt, per novam propriamque horum examinationem sumtum est. De quo utroque exempla afferam.

A. Et primum agam de his, ubi propter negotiorum similitudinem nominatorum contractuum regulae ad innominatos transferuntur. Quod in illis primum casibus fieri perspicuum est, qui dubitationis causa P. V. actionem exhibent.

1. In prima igitur illa dubitationis specie, de qualitate sc. et forma negotii indubitatum mihi videtur, nominati contractus regulas ad P. V. actionem transferre. Quum enim formularum tantum angustiae prohibeant, ne nominati contractus intentio concipiatur, quid, hoc periculo sublato, nominati contractus regulis obstet, cujus nomen solum erat periculosum?

2. Secunda species est dubitatio de finibus contractuum nominatorum. Exemplum autem primum mutuum praebebat. Dubitabatur enim, si tu me mutuum rogaveris, egoque quum non haberem, lancem vel massam auri tibi dederim ut pretio utaris, num condictio ex mutuo oriri possit, si non vendideris, aut vendideris quidem, pretium autem non acceperis mutuum? In hoc enim casu quamvis de mutuo sit dubitatum, manifestum tamen est, mutui regulis hoc negotium consistere, dummodo quod actum est ad mutui naturam proxime accedat. Et ideo verissima est Nervae et Ulpiani distinctio existimantium, multum interesse, venalem habuerim hanc lancem massamve, nec ne; ut si venalem habui et perierit sine culpa tua priusquam venderes, mihi perierit, quemadmodum si alii dedissem vendendam; quodsi non fui proposito hoc ut venderem, sed haec fuit causa vendendi, ut tu utereris, tibi eam periisse, et maxime si sine usuris

credidi. — Secundi enim tantum casus natura ad mutui naturam proxime accedit, quapropter non rei solum traditae sed et pecuniae ex illius venditione redactae periculum ad te respicit; arg. l. 11. D. de R. C.; l. 34. D. mandat. — Accedebat autem totum illud exemplorum genus, in quo propter pacti adjecti naturam controversia existebat, num nominata actio ad resolvendum negotium valeat, an quasi de novo negotio P. V. agendum sit, ut pacto resolutorio fides habeatur. Quae exempla tam manifesta sunt, ut nil prorsus dubitationis relinquant. Controversiam enim hanc de nomine tantum actionis fuisse apparet, ita ut idem porro in utraque venisse manifestum sit. Unde necessario sequitur, P. V. actionem iisdem regulis constitisse, quibus nominati contractus regebantur. Et ideo Paulus casu quodam supra jam laudato Sabinum putasse refert, ex emto actionem esse, et addit: „aut proxime emti actioni in factum datur"; arg. l. 6. D. de resc. vend. Quae ipsa verba indicant, Sabinum et Paulum de nomine tantum dissensisse, ceterum autem utrique actioni eundem effectum eandemque vim attribuisse. Idem lege illa imper. Alexandri confirmatur, quae, si res ex pacto retrovendenda sit, utramque actionem competere rescribit; arg. l. 2. C. de pact. int. emt. — Quis enim putat, si non iisdem regulis utraque consisteret, idemque prorsus in utraque veniret, in uno eodemque negotio duas actiones propositas esse de eadem re? Unde et illi difficultati enodatio accedit, quod in pactis resolutoriis utramque actionem in digestorum libros receptam, neque utra vera, utra falsa sit, dijudicatum videmus. Quum enim idem prorsus in utraque veniat, et de nomine tantum controversia sit, qua quis actione utatur, nullius momenti videtur, Justiniani potissimum temporibus, quae, formularum angustiis diu jam sublatis, de actionum nomine nil amplius curabant. —

3. Tertia dubitationis species oritur ex negotii coepti incerto eventu. Videamus nunc, quomodo exempla hac de re proposita, dijudicentur. In illa igitur specie ab Africano proposita, in qua P. V. agitur, quia incertum est tempore actionis, num quid ultra semissem consequutus sit Sempronius, manifestum est, aut minus aut plus consequutum esse Sempronium; primo igitur casu P. V. actio in mandati locum successisse videtur, neque aliud quid persequitur quam ipsa mandati actio. Secundo autem casu, quamvis mandati fines videantur excessi, tamen secundum mandati regulas dijudicatur hoc negotium, praesertim quod sortis petitionem attinet; et ideo si Sempronius eam pecuniam sine dolo malo vacuam habuit, vel amisit, dicendum est, nil eum eo nomine praestare debere; quod non ex credita pecunia, sed ex mandati potius causa et jure sumtum videtur; arg. l. 24. D. de P. V.

Nunc, eundem quem supra institui ordinem sequens, transeo ad illos casus, in quibus, quum pro certo aliquid nominato contractui deesse videretur, verius esse, P. V. agere demonstravi. In his igitur casibus ipsa, quae inter eos et nominatos contractus intercedit, differentia impedimento est, ne protinus nominatorum contractuum regulae ad eos transferantur. Et ideo in hoc genere a jurisconsultis romanis ea potius ratio instituitur, ut ex ipsis, quae gesta sunt, velut proprias juris regulas detrahant, et ex his ipsis, quid in P. V. actionem veniat, dijudicent. Exemplum autem primum actio P. V., quae de permutatione competit, praebet. Quamvis enim permutatio emtioni venditioni semper comparetur, tamen Paulus in titulo digestorum de rerum permutatione ex ipsius permutationis natura quae in P. V. actione veniant examinat. Quia igitur permutatio ex re tradita initium capit, si haec res tradentis non sit, sequitur, P. V. alterum agere posse. Venditori vero sufficit ob

evictionem sese obligare, itaque, si evicta res non sit, nil debet. Porro, si e. g. scyphos tibi dedi ut Stichum mihi dares, periculo meo Stichum esse, et te duntaxat culpam praestare, idem Paulus in l. 5. §. 1. D. de P. V. docet. Quod et in emtione venditione locum habere constat; sed tamen hoc non ex emto vendito ad permutationem translatum videtur, sed potius ex ipsa permutationis natura descendit. Unde manifestum est, si emtionem venditionem similem esse permutationis dictum inveniamus, sicut in l. 2. D. de rer. perm. et in l. 5. §. 4. in fin. D. de P. V., id non, ut in primae casuum specie eo animo fieri, ut ex illius contractus regulis regendam esse permutationem indicetur, sed eo potius, quia praecedens permutationis examinatio regularum similitudinem jam exhibuit. Quod idem et in aliis casibus observari licet. — Ita in actione P. V. aestimatoria, quae proponitur dubitationis gratia, utrum ex vendito sit actio propter aestimationem, an ex locato, quasi rem vendendam locasse videar, an ex conducto, quasi operas conduxissem, an mandati, — aestimatio periculum ejus facere dicitur, qui suscepit, ita ut aut ipsam rem debeat incorruptam reddere aut aestimationem; arg. l. 1. §. 1. D. de aestimat. — Neque perturbemur eo quod multos secundae speciei casus invenimus, in quibus P. V. actio, nulla praevia comparatione, nominatae cuidam actioni similis dicitur. Manifestum est enim, quamvis certissima sit casuum quaedam dissimilitudo, tantam tamen praeterea posse existere inter ipsas similitudinem, ut nil obstare videatur, quominus et hujus speciei casus ex nominatorum contractuum regulis regantur. Quamvis enim casus ille, in quo pacti sumus, ut tu a meo debitore Carthagine, ego a tuo Romae exigerem, si tu plus quam ego in exigendo impendisti, manifestissime mandati fines egrediatur: tamen P. V. actio, quae in hac specie competit, man-

dati actioni similis esse dicitur; arg. l. 5. §. 4. D. de P. V. — Quin immo multi sunt hujusmodi casus, in quibus quamvis P. V. actio non tutior solum sed etiam verior videatur, attamen nominatae actionis, quae ipsa ob dissimilitudinem quandam rejicitur, regulas ad innominatam actionem transferre non moror. Ita si, quum unum bovem quis haberet et vicinus ejus unum, pacti sunt, ut invicem per denos dies sibi boves commodarent, quamvis indubitatum sit, commodati agi non posse, sed P. V. actionem solam competere, tamen nemo dubitare potest, quin haec P. V. actio commodati regulas sibi assumat. — Idem est, si pacti sumus, ut si servum fugitivum indicassem, apprehensusque esset ipse, certum aliquod daretur. Quamvis enim opus hoc non sit tale, quod locari possit, tamen tota species tam proxime accedit locationi conductioni, ut dubium esse non possit, P. V. actionem ex locato conducto regulas sibi sumere. Alia ejusdem rei exempla exstant in l. 9. §. 3. D. de dolo; l. 22, 13. D. de P. V.

De speciebus P. V. actionis nil jam addere habeo. Generaliter autem id bene tenendum est, unam eandemque semper esse P. V. actionem, quamvis in plures species distributam et innumeris casibus competentem; sicut supra unam esse condictionem, quamvis in diversis speciebus competentem, probavi. Quod utrumque bene consonat. Sicut enim condictio ex re oritur, ita et P. V. actio, quamvis hic rei accedat lex. Quod supra me adduxit, ut P. V. actionem ipsi condictioni ut ultimam ejus φάσιν accessisse, affirmarem. Unde illud jam necessario sequitur, sicut condictio una tantum sit, ita et P. V. actionem, quamvis pluribus speciebus distributam, uno tantum eodemque genere consistere. —

Haec autem P. V. actio in locum de dolo actionis, quam generalem supra appellavi, secundum ipsius doli naturam successisse videtur. Quum enim antea,

nulla adhuc P. V. actione vigente, eo ipso dolus constare videretur, quod pacto quis non staret, quum ad implendam fidem nulla exstaret actio: manifestum est, introducta jam tali actione per id ipsum in desuetudinem abiisse de dolo actionem, quum dolus ille jam ne intelligi quidem posset. Quod argumentum egregie firmatur verbis Pauli in l. 5. §. 3. D. de P. V.: „quodsi faciam ut des, et postea quam feci, cesses dare, nulla erit civilis actio et ideo de dolo dabitur." Accedit l. 16. §. 1. D. P. V. (Pomponius): „permisisti mihi ut sererem in fundo tuo et fructus tollerem; sevi, nec pateris me fructus tollere. Nullam juris civilis actionem esse Aristo ait; an in factum dari debeat, deliberari posse; sed erit de dolo." — Quaeritur autem primum, cur nulla sit juris civilis actio, quibus adnumerari debere constat P. V. in factum actionem? Ratio autem ea videtur, quia P. V. alter ad dandum tantum vel faciendum urgeri potest, non etiam ad patiendum. Quum igitur hac de specie nulla jam comparata sit civilis actio, sicut antea ne tum quidem, quum de dando vel faciendo pacti erant contrahentes; et praeterea ne honoraria quidem actio, quae et ipsa de dolo actioni praefertur, competat, de dolo actionem Pomponius comprobat, sc. illam, quam generalem ex doli ipsius natura appello. — Cui argumento accedit illud, quod de dolo actio famosa decerni non debet, si sit civilis vel honoraria, qua quis possit experiri.

Alia autem quaestio oritur de speciali, quem appellavi, dolo. Nil enim obstat, quominus ille, qui jam P. V. ad placiti fidem habendam urgeri potest, attamen calliditatem quandam, machinationem, fallaciam ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibeat. Qua in re quaeritur, num hic forsan dolus ad doli actionem specialem valeat? Quae quaestio nequaquam idem ab antiquis jurisconsultis responsum

tulisse videtur. Paulus enim speciem hanc tractat in l. 5. §. 2. in fin. D. de P. V.: „sed si dedi tibi servum, ut servum tuum manumitteres et manumisisti, et is, quem dedi, evictus est, si sciens dedi, de dolo in me dandam actionem Julianus scribit, si ignorans in factum civilem." Quae Juliani decisio non ita interpretanda est, quasi, si sciens dederim, et P. V. et de dolo actionem in me competere, actionem de dolo autem P. V. praeponendam esse dicat, quum id contra notissimam juris regulam esse videatur: sed ita, ut P. V. actionem penitus rejiciat et de dolo solum indulgeat. Quae decisio Juliani non modo ipsius loci verbis, sed praesertim et Juliani de P. V. actione opinioni convenit. — Meminimus enim, Julianum in utraque, quam supra exposui, controversia favorabiliorem nominati contractus actioni fuisse, et ad P. V. actionem tum demum descendisse, ubi nullam penitus aliam agendi viam patere animadverterit. Quo adductus, et in illa specie nullam competere P. V. actionem, sed de dolo solam dandam esse scribit. Ulpianus contra P. V. actionem semper defendit, ubicunque res et lex civile negotium constituunt, nec tamen nominata actio competit. Unde jam necessario sequitur, Ulpianum de dolo actionem sicut generalem, ita et specialem rejecisse, quippe bene tenentem, de dolo famosam actionem decerni non debere, ubicunque alia vel civilis vel honoraria suppeditet. Quam sententiam apertis verbis declarat in fine l. 15. D. de P. V. — Servo enim fugitivo a me indicato apprehensoque, civilem actionem oriri dicit, i. e. P. V., qua certam mercedem assequar, „nisi si quis, adjicit, et in hac specie de dolo actionem competere dicat, ubi dolus aliquis arguatur." Quibus verbis aperte reprobat diversae scholae sententiam, quae, etsi generalem illam de dolo actionem rejiciens, specialem tamen adhuc decernit, ubicumque dolus aliquis,

i. e. calliditas quaedam vel machinatio, versari videtur. — Ex quibus omnibus apparet, has Ulpiani et Juliani sententias e diametro sibi oppositas esse. Sabinus enim solam de dolo actionem decernit, ubi dolus aliquis arguitur; Ulpianus autem eam rejicit, ubicunque P. V. actionis adsunt conditiones. — Utram igitur nos sequamur sententiam? Neutra enim prorsus falsa et rationi civili penitus opposita videtur; sicut videretur, si in eo quaestio versaretur, utra praeferenda sit actio, num P. V. actio, an illa de dolo actio. — Unde dicendum mihi videtur, quod et in superioribus illis dixi, sc. utramque nobis intendere licere actionem sine ullo periculo; P. V. actionem tamen et in hac quaestione sicut in superioribus magis magisque invaluisse, et in diem auctoritatem suam auxisse. —

Nunc jam in eum statum rem perduxi, ut de jure poenitendi utilem proponere possim tractatum. Haec enim „singularis difficultas," sicut appellatur, ex ipsis illis, quae de natura et indole et de elementis P. V. actionis disserui, enodationem, spero, facilem inveniet. —

De jure enim poenitentiae paene tot opiniones, quot auctores. Ex quibus ego in fronte totius recentiorum tantum sententias breviter attingam. Gans in libro de contractibus innominatis et de jure poenitendi, ipsum hoc jus illi tantum reservat, qui servum ea lege vendidit, ut ab emtore manumitteretur. Hoc enim casu, quamvis non sit manumissus servus, succedit constitutio Marci et Commodi imperatorum, facitque eum liberum; arg. l. 2. C. si mancipium ita et l. 4. C. eod.; — „si tamen is qui vendidit, in eadem voluntate perseveret;" arg. l. 5. D. de ser. exp., aut, sicut est in l. 5. §. 1. in fin. D. de cond. c. d. c. n. s., „si nondum poenituerat eum, qui in hoc dedit." — Aliam sententiam defendit Erxleben „de

innominatorum indole ac natura." In mandato enim quod mandati nomine dederis, propter meram poenitentiam repetere te posse defendit. Eodem modo in negotiis mandati similibus, si poenitentia actus, a contractu recedis, condictione ob causam datorum te repetere dicit, quod ejus negotii nomine dedisti. Ipsam autem hanc poenitentiam ex horum negotiorum cum mandato similitudine deducit, quum ejus juris in ceteris omnibus contractibus nulla fiat mentio. — Cui sententiae notio illa falsa fundamento esse videtur, quasi utilis sit P. V. actio nominatae actionis, et ex ipsa vim atque auctoritatem ideoque et juris regulas sibi assumat. —

Tertia autem sententia ab Hasse juniore defenditur in Museo rhenano. Jus enim poenitendi ex depositi indole ac natura descendere affirmat, et ideo in deposito tantum inveniri. — Quae sententia quamvis prioribus utrisque non verior videatur: attamen ratio, qua defenditur, verum sentire auctorem manifeste declarat. Depositi enim eam esse naturam dicit, in quo deponens depositarium tantum obliget; depositarius autem in deponentem nullam acquirat actionem. — Quam rationem quis non videat communem esse toti obligationum generi, quae ex re tradita initium capiunt? Res enim traditae per se ipsam accipientem obligat ad reddendam rem eandem aut aliam ejusdem generis et quantitatis. Quam obligationem, veluti e. g. eam, quae ex mutuo oritur, unilateralem esse scimus, i. e. ex altera tantum parte consistere, ita ut qui accepit danti tantum obligetur, neque ambo invicem sibi debeant. Quae causa et conditio est condictionis. — Rei datae autem accedere potest pactum vel conventio, quae, qua sub lege detur, indicet, Hoc casu qui dedit, non ea causa dedit, ut post certum tempus eandem rem aut aliam ejusdem generis et quantitatis, aut denique illius pretium reciperet, sed potius ut al-

ter aliud quid ei daret aut faceret, de quo ipse illo pacto convenerunt. — Haec autem lex, quae rei datae accedit, ipsius ex re oriundae obligationis naturam immutare non valet; ita ut et in his casibus ille tantum obligatus sit qui accepit, non quidem ad eandem rem reddendam, sicut in mutuo, sed ad id dandum vel faciendum, de quo partes antea convenerunt. Quae causa ac conditio est P. V. actionis. Unde sequitur, et in P. V. actione dantem tantum obligatum habere accipientem et velut dominum accipienti imperare. — Quum enim nudum pactum, nuda conventio nullam det actionem, sed postea tantum ex re data vel facta pacto illi accedat substantia atque vis civilis, manifestum est, illum, qui dedit, ex pacto conditionem suam deteriorem facere non potuisse, ita ut ratio ipsa civilis necessario eo nos adducat, ut eum, qui ante quam ipse daret, nullo modo ad nudum pactum implendum cogi potuit, dicamus, neque post fidem pacto adhibitam, ut placito staret et in eadem voluntate perseveraret, cogi posse. „Nemo enim bene faciendo deteriorem conditionem suam civilem facere potest.“ Ex quibus omnibus sequitur, rem datam dantem ipsum impedire non posse, quominus, sicut antea licuerat, ita et postea, solo dissensu consensum ideoque pactum, de quo convenerunt, solveret. Pacto autem per dissensum soluto, adhuc superest res ipsa data. Res autem data, cui lex nulla accedit, — aut ab initio nulla, aut soluta ex post facto, i. e. ex dissensu postea insequuto — accipientem obligat ad eandem rem vel ejus aequivalens reddendum. — Unde sequitur, rem datam, quae pacto accedens ad P. V. actionem valet, pacto per dissensum soluto, ad condictionem tantum valere. P. V. enim actio ex re et lege oritur, condictio autem ex re sola. — Eum autem, qui primo cum altero pactum iniit, deinde implendi ejus gratia rem dedit, manifestum est postea haec omnia, quae

liberum est, voluntatem mutare et revocare quae primum convenerat, i. e. poenitere, et quae negotii causa jam soluta sunt repetere condictione. — Quum enim ante rem ab ipso datam in eadem voluntate perseverare nullo modo coactus fuerit, manifestum est, rationem civilem id non pati, ut re data ipse se libertate illa privet, quum res data eum tantum obligare posse videatur, qui accepit, non eum, qui dedit. — Quae ita sese habere, sicut dixi, sequentia fragmenta docent:

1. Mortis causa donatio. §. 1. I. de donation.: „mortis causa donatio est, quae propter mortis fit suspicionem, quum quis ita donat, ut si quid humanitus ei contigisset, haberet is, qui accepit; sin autem supervixisset is, qui donavit, reciperet, vel si eum *donationis poenituisset*, aut prior decesserit is, cui donatum est". — L. 16. D. de mort. caus. donat. (Julianus). „mortis causa donatio etiam dum pendet, an convalescere possit donator, *revocari* potest". — L. 30. D. eod. (Ulpianus): „qui mortis causa donavit, ipse *ex poenitentia condictionem* vel utilem in rem actionem habet"; in rem enim, sicut idem Ulpianus in l. 29. D. eod. exponit, si sic donatum sit, ut si mors contigisset, tunc haberet, cui donatum est; condictionem autem, si sic donaverit, ut jam nunc haberet, redderet autem, si convaluisset, vel de praelio, vel peregre rediisset.

2. Dos. Imperatores Diocletianus et Maximilianus in l. 1. C. de sponsal. rescribunt: „alii desponsata renuntiare conditioni et nubere alii non prohibetur"; hocque jus eo non perimi, manifestum est, quod bona jam dotis nomine mulier viro tradiderit. Quare si propter poenitentiam nuptiae insequutae non sunt, fundus, dotis nomine traditus, condictione repeti potest, sicut Julianus docet in l. 7. §. 1. D. de cond. c. d. c. n. s. — Mera igitur poenitentia et in hoc casu dat condictionem.

3. **Legata.** Stichus heres a Sejo institutus, jussus est Gajo legati nomine decem dare. Dat quae jussus est; mox poenitet eum, et hereditaem, quam adire animum induxerat, repudiat. Et in hac specie poenitentiam dare condictionem Ulpianus in l. 1. §. 1. D. de cond. c. d. c. n. s. docet: „si parendi conditioni causa tibi dedero decem, mox repudiavero hereditatem, vel legatum, possum condicere". —

4. **Bonorum agnitio.** Marcellus in l. 13. D. eod.: si filius, inquit, contulerit fratri, quasi agniturus bonorum possessionem, et non agnoverit, repetere eum posse, Marcellus libro V digest. scribit. Quae verba docent, eum qui voluntate bonorum possessionis contulerit fratri, postea contraria voluntate motum, ex poenitentia habere datorum repetitionem. —

Postquam autem vidimus de poenitentia in iis negotiis, quae rei dationem exhibent, sive contractus sint sive tales non censeantur, transeamus ad illa, quae nudo consensu constant, neque ut in P. V. actione, ex re sumunt civilem effectum. Hae autem nudae conventiones, quae actiones pariunt, in suo nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus et emtio venditio, locatio conductio, mandatum, societas, depositum, commodatum, pignus nominantur; arg. l. 7. §. 1. D. de pact. In quibus omnibus quaeritur de poenitentia. Scimus autem tres illos posteriores contractus, depositum sc., commodatum et pignus, a Gajo et Justiniano adhuc realium contractuum nomine insigniri, quia neque depositum, neque commodatum neque pignus, sine re intelligi potest, quamvis haec res non in alterius dominium transferatur, sicut in mutuo nummi ex meis tui fiunt. Priores autem quatuor contractus, qui consensuales dicuntur, re omnimodo carent. In tali duorum generum differentia videndum est, num ratio et causa, ex qua poenitendi jus emanat, adesse videatur. Et quidem quod mu-

tuum attinet, dubitatio intervenire non potest. Creditor enim per rem sibi obligat debitorem, neque in ullo alio negotio, qui dedit meliore ratione totius negotii dominus dici posse videtur. Poenitentia autem in mutuo dabit ex mutuo condictionem, qua credita pecunia, quo tempore cunque lubet, repeti potest, nisi si tempore adjecto, mutuum ad certum tempus irrevocabile sit constitutum et condictio exclusa. — In reliquis tribus contractibus realibus res simpliciter alteri tradita sufficit, ut ipse, qui tradidit, dominus videatur negotii, alterumque ad reddendam rem, quandocunque ipse velit, convenire possit, nisi si per temporis adjectionem, sicut in mutuo, usque ad certum quendam diem renuntiaverit. Quod tempus tacite saepius adjectum videtur in commodato praesertim et in pignore. Qui enim pignus dat, per id ipsum id, nisi debito antea soluto, se non repetiturum declarat; usque adeo, ut ne contrarium quidem pignoris dationi possit inseri. Qui autem ad certum quendam usum rem amico commodat, veluti vasa argentea ad coenam amicos invitaturo, per hoc ipsum se non prius ex poenitentia rem commodatam repetiturum declarat, quam coenae tempus praeterierit. Tale autem quid in deposito locum non habere apparet; quum nil penitus depositarii intersit, quamdiu apud ipsum remaneat res deposita. Quae omnia, quum luce clariora sint, longiore expositione non indigent. — In consensualibus autem contractibus neuter contrahentium ex rei datione auctoritatem sibi assumit, aut negotii dominium sibi vindicat. Neque tamen inde recte quis concludat, in his negotiis poenitentiae prorsus locum esse non posse. Quamvis enim id indubitatum sit, ubicunque rei datio interveniat, poenitere licere danti; — sc. quamdiu in integro res est — attamen contrarium verum non est, ut, ubicunque res non intercedat, neutri poenitere licere dicatur. Ipsa enim consensualium contractuum

natura ea est, quae non oppugnet rei dationi, ut quis dicat ob hanc rationem ex solo jam consensu eos oriri; persuasum enim habeo, primis temporibus et in his negotiis nexum adhibitum fuisse, quod ex mutuo oriundum, realis obligationis formam imitabatur. Quum igitur manifestum sit, neque poenitentiae ipsius neque consensualium contractuum naturam obstare, quominus et in his poenitentia locum habeat, sequitur, quaestionem hanc ex sola negotiorum consensualium natura atque indole enodationem accipere posse. Quam si inspicias, emtioni venditioni et locationi conductioni poenitentia aliena videbitur. In hoc enim utroque contractu non unus tantum alteri, sed uterque alteri obligatus videtur, ita ut duplex sit utriusque persona et obligans et obligata. — Qui autem alteri obligatus est, semel constitutae obligationi, quamvis voluntariae ab initio, adversario non consentiente, renuntiare non potest; arg. l. 5. C. de O. et A. Quum autem uterque alteri obligatus videatur, sequitur neutri poenitere licere. — Haec ita in emtione et locatione. — Alia autem natura est societatis et mandati; quod jam inde manifestum fit, quod mandatum et societas uni tantum actioni originem dant, non duabus, sicut emtio venditio, locatio conductio. Neque tamen societas et mandatum similia per omnia habenda sunt. Mandans enim mandati directa actione, mandatarius contraria agit; socii autem pro socio actione contendunt, quae una eademque est omnibus, neque contrariam habet. Quae differentia ex ipsa negotiorum natura proficiscitur. In mandato enim qui mandat, velut negotii dominus est, et agit mandati directa actione. Societas autem medium tenere videtur inter emtionem et locationem ab una, et mandatum ab altera parte. Socii enim uno prorsus ordine sunt eademque conditione, neque ut in mandato unus alteri, neque ut in emtione et locatione uterque alteri subjectus. — Unde

sequitur, et mandatum revocari posse et socio licere societati renuntiare. In utroque enim negotio neque mandans mandatario, neque socius socio obligatione nexus videtur. — Neque desunt fragmenta, quae in utroque hoc contractu poenitentiae locum esse declarent.

1. Mandatum. L. 27. §. 1. D. mandat. (Gajus): „si servum ea lege tibi tradidero, ut eum post mortem meam manumitteres, constitit obligatio. Potest autem et in mea quoque persona agendi causa intervenire, velut si poenitentia acta, servum recuperare velim". Conf. l. 30. D. eod. —

2. Societas. Societatem ex personis, ex rebus, ex voluntate, et ex actione solvi, Ulpianus in l. 63. §. 10. D. pro soc. docet. Voluntate distrahitur societas, renuntiatione, quae libera est cuicunque, et quandocunque velit fieri potest. Actione autem distrahitur, quum pro socio agat aliquis, quae actio, quamvis non eo intendatur, ut societas solvatur, attamen eo ipso, quod hoc judicium dictatum est, renuntiata societas videtur. Actio igitur species tantum est dissensus, per quem generaliter societas solvitur.

Ita probatum esse spero, jus poenitendi non solum in innominatis contractibus valere, sed et in nominatis, tam illis, qui re, quam his, qui consensu contrahuntur, exceptis emtione venditione et locatione conductione. Quia et extra contractus, quae voluntatis cujuscunque gratia data sunt, poenitentia acta, condici posse, vidimus. — Nemo enim voluntati suae stare cogendus est, nisi ipse se obligatione adstrinxit. Qui autem rem dat, obligat tantum, non obligatur, sive dominium transferat, sicut in mutuo et in innominatis contractibus, sive possessionem tantum civilem aut naturalem, sicut in commodato, pignore et in deposito. Idem est, ubi, exceptionis loco, consensu contrahitur obligatio, sicut est in mandato et in societate. Nam neque mandans neque socius obligati sunt, ideo

que voluntatem mutare possunt. Eadem prorsus ratio subest donationi mortis causa, doti, legato, et collationi; qui enim dedit alteri, re data ab eo non obligatur. — Secundum quae igitur, si casus quidam a nobis non tractatus, difficultatem exhibeat, utrum datum quod ex poenitentia habeat repetitionem, quaestio omnis in eo vertitur, utrum ipse obligatus fuerit et ante rem datam, dando enim nemo se obligat. —

Mutare igitur voluntatem nulla obligatione adstricto licet, dummodo nullam ex hac poenitentia injuriam sentiat alter.

Regula enim est juris civilis, ex ipsa aequitate sumta: „neminem posse mutare consilium suum in alterius injuriam", et ait Papinianus in l. 75. D. de R. J., quae regula multifarium invenit hac in doctrina usum. Nam aut impedit penitus actionem, quae ex poenitentia oritur, aut compensationem ei opponit. Quae ante quam aggrediar, necessarium est, quam in quoque negotio actionem det poenitentia examinare. —

Qua de re saepius dictum invenio, eam esse nominatorum et innominatorum contractuum differentiam, ut in nominatis una tantum actio exstet, per quam et poenitens ut poenitentiae satisfiat, agat; ut vero innominati contractus duas exhibeant actiones, sc. P. V., ut pacto fides habeatur; condictionem ut poenitenti reddantur quae dedit. Quae quamvis falsa non sint, tamen nec per omnia clara et absoluta mihi videntur. Quare accuratius investigabo. Et primum de innominatis contractibus. In quibus, cujus sit rei tradendae periculum, primum investigabo. Finge speciem hujusmodi. Dedi tibi pecuniam ut mihi Stichum dares. Stichus mortuus est antequam daretur. Quaeritur num repetere possim quod dedi et num tibi ergo imputetur periculum? — Et in hoc quidem casu Celsus in l. 16. D. de cond. c. d. c. n. s. respondit, hoc non esse contractus genus pro portione emtionis et

venditionis, sed nullam aliam adesse obligationem, quam ob rem dati, re non secuta; „et ideo, adjicit, si mortuus est Stichus, repetere possum, quod ideo tibi dedi, ut Stichum mihi dares". Qua in re velim diligenter attendas differentiam inter hanc obligationem ob rem dati et emtionem venditionem. Emtione enim venditione perfecta constat, periculum rei venditae omnimodo ad emtorem pertinere; arg. l. 8. pr. D. de peric. et commod. rei vend.; ita ut, si Stichi emtio venditio contracta esset, pretium a me condici non posset. — Quaerenti autem unde originem trahat haec differentia, respondendum est: ex eo, quod in innominatis contractibus poenitentia locum habet, quam emtioni venditioni prorsus alienam esse vidimus. Ipsa enim Stichi mors facit, ut me poeniteat, atque ex poenitentia pecuniam datam condicam. Quod ita se habere egregie confirmat Ulpianus in l. 5. de cond. c. d. c. n. s. Eadem enim hic juris quaestio tractatur, quamvis diversa sit species proposita. „Si pecuniam ideo acceperis, ut Capuam eas, deinde parato tibi ad proficiscendum conditio temporis vel valetudinis impedimento fuerit, quo minus proficiscereris, an condici possit videndum. Et quum per te non steterit, potest dici, repetitionem cessare; sed quum liceat poenitere ei, qui dedit, procul dubio repetetur id, quod datum est . . . .". In summa igitur dicendum, Ulpiani Celsique sententiam eam esse, ut casus, qui impedit ne placitum impleatur, poenitentiae ideoque condictioni illius, qui dedit, locum facere dicatur. Quae sententia mihi placet, quippe quae indoli atque naturae innominatorum contractuum optime convenit. — Diversam tamen alii defendunt, Proculum sequentes. Proculus enim in l. 3. §§. 3, 4. D. eod., si ita dedi ut Stichum manumitteres, Stichus autem decesserit nondum manumissus, quaerit, an repeti quod datum est, possit? et ait: „si post id temporis

decesserit, quo manumitti potuit, repetitionem esse, si minus, cessare". — Primo enim casu culpa manumittentis condictioni locum facere videtur. Secundus autem, qui nudum casum exhibet, Proculi sententiam oppositam esse docet illi, quam Ulpianus et Celsus defendunt. — Quam sententiam contra Ulpianum, Celsumque, et, ut arbitror, contra rei naturam, sanciunt imper. Diocletianus et Maximianus in l. 10. C. de cond. ob caus. dat.: „pecuniam a te datam, si haec causa, pro qua data est, non culpa accipientis, sed fortuito casu non est secuta, minime repeti posse certum est". Quod si levissima culpa accipientis intervenerit, quo minus id, propter quod datum est, sequatur, ex communi auctorum sententia accipiens tenetur illi, qui dedit. —

Sed jam, ut revertar unde exorsus sum, quaero, qua actione teneatur qui in culpa est, illi, qui ex postfacto poenitet? et arbitror, non condictione tantum, sed et P. V. actione, ita ut P. V. actio non ad id solum valeat, ut fiat de quo conventum est, vel si id fieri jam non possit, ut praestetur quod dantis interest, id, de quo conventum est, factum non esse; sed et ad id, ut poenitenti praestetur quod ejus interest se, quod fecit, non fecisse. Ex his igitur manifestum est, accipientem, cujus culpa non accidit de quo conventum erat, ex dantis arbitrio ad tres praestationes urgeri posse; primum condictione ut reddatur quod datum est; deinde P. V. actione ut praestet quod interest agentis, quod ipse dedit vel fecit, datum vel factum non esse; postremo eadem P. V. actione, ut solvat quod agentis interest, id quod alter dandum vel faciendum suscepit, datum vel factum non esse. Id est, quod supra diximus, non condictionem tantum, sed et P. V. actionem inservire poenitentiae. — Neque desunt fragmenta, quibus triplex illa electio probetur. In permutatione Paulus dicit in l. 1. §. 4. D. de rer. permut.: „ex

altera parte traditione facta, si alter rem nolit tradere, non in hoc agemus utique, quod interest nostra, illam rem accepisse, de qua convenit, sed ut res nostra contra nobis reddatur, condictioni locus est, quasi re non secuta". — Quo in fragmento nulla fit mentio illius intentionis, qua tantum peto, quantum mea interest, rem permutationis causa traditam, datam non esse. Talem autem computationem ejus quod agentis interest, invenio in specie a Paulo proposita: „naturalis meus filius servit tibi, et tuus filius mihi; convenit inter nos ut et tu meum filium manumitteres, et ego tuum; ego manumisi, tu non manumisisti". Ego P. V. agam in te, „ut ejus fiat condemnatio, quanti interest mea servum habere, quem manumisi. — An deducendum erit quod libertum habeo? Sed hoc non potest aestimari"; arg. l. 5. pr. et §. 5. D. de P. V. — Hoc autem casu manifestum est, nullam aliam patuisse agendi viam et computandi rationem, quum servi manumissi condictio nulla sit, et filii naturalis manumissio, quam alter facere promisit, nullam recipiat aestimationem. Intelligis autem, casus existere posse, in quibus triplex illa electio locum habeat; veluti e. g. si pacti sumus, ut tu in meo, ego in tuo solo aedificem, et ego aedificavi, tu cessas. Qua in specie posse pretium aedificii condici, quod in tuo tibi aedificavi, nemo negabit. Praeterea autem et P. V. dari actionem Paulus notat in l. 5. §. 4. D. de P. V., qua aut id petam, quod interest mea, quod aedificavi, me non aedificasse; aut denique id, quod interest mea, alterum quod promisit, in meo non aedificasse. — Eligat autem actor eam viam, qua plurimum se consequuturum sperat; ideo, si nil interest, tum demum condicet. Quae tamen facti magis quam juris quaestio est, sicut et id ipsum, quid intersit, in facto magis quam in jure consistere dicitur. — Sed ne falso interpreteris, quae de actione P. V. modo exposui, adjiciam, quam-

vis duplex sit modus ejus, quod in P. V. actione agentis intersit, computandi, alterque horum modorum poenitentiae faciem prae se ferat: tamen summopere cavendum esse, ne duas esse diversas P. V. actiones credas. Quum enim incerti semper sit in factum actio civilis, manifestum est, secundum agentis voluntatem computari quod interest, ideoque et poenitentiae rationem haberi debere. Quod et eo confirmatur, quod veteres juris consulti quotiescunque condictioni opponunt P. V. actionem, simpliciter addunt: „quanti mea interest". Ita Papinianus in l. 7. de P. V. „si tibi X dedero, ut Stichum manumittas, et cessaveris, confestim agam P. V., ut solvas, quanti mea interest, aut, si nil interest, condicam tibi, ut X reddas". — Ita et Paulus in l. 5. §. 2. D. de P. V. —

Haec hactenus de innominatis contractibus — Nunc autem videamus, qua in nominatis negotiis poenitens actione utatur? Et scimus quidem ex l. 9. de R. C. licere ex omni contractu certum condicere, dummodo praesens sit obligatio, sive certus sit contractus sive incertus. Quare nil obstat, quominus et in nominatis contractibus qui dedit, poenitentia acta, condicat quod dedit, dummodo in alterius dominium res translata, vel postea dolo quid in ea admissum fuerit. Ita Paulus in l. 13. §. 1. D. deposit., competere condictionem, ait, etiam depositae rei nomine; „sed non antequam quid dolo admissum sit; non enim quemquam hoc ipso, quod depositum accipiat, obligari constat, verum quod dolum malum admiserit". Idem de commodato et pignore docet Ulpianus in l. 1. et 4. §. 1. D. de R. C. Idem de actionibus mandati et negotiorum gestorum docet Paulus in l. 28. §. 4. D. de jurejurando. — In omnibus autem his negotiis poenitentia originem dat simul et nominatae actioni, ita ut e. g. quem poenitet mandati, mandati agat; quem poenitet commodati, commodati agat, ut res commodata redhi-

beatur; quem societatis, pro socio agendo consequatur datorum redhibitionem; et ita in aliis omnibus. — Qui actionum usus unicuique in promptu est, neque abnormis et a communibus ipsarum actionum regulis abhorrens videtur, sicut e. g. emti, venditi, quum de pacto ipsum negotium resolvente agitur; sed potius vulgaris et communis, quin etiam unicus, sicut in deposito, quum depositi actio numquam intendatur, nisi poenitentia prius acta. Quod bene notandum est. Inde enim luce clarius apparet, quam familiaris sit juri civili poenitentia, et quam longe a vero absint illi, qui singulare jus innominatis contractibus inde constituunt, vel longius etiam progressi, mandati vel depositi naturae specialiter id adscribunt. —

Ex omnibus autem, quae de actionibus poenitentis disserui, emanat, inter nominatos innominatosque contractus nullam tantam intercedere differentiam, quantam alios constituere initio notavi. In utrisque enim poenitenti competit condictio. — Praeterea in nominato contractu nominata actio utilis est poenitenti, sicut in innominato P. V. actio et poenitenti sufficere potest. —

Postquam autem vidimus de actionibus, quibus poenitens utitur, videamus nunc ex ordine supra instituto, quae his actionibus opponi possint ex parte rei, ne poenitentia alterius alteri faciat injuriam. — Qua in quaestione regula ex ipsius poenitentiae natura sumta summam totius continere videtur, illa sc., quae poenitenti injungit, ut omnia, quaecunque propter ipsius pristinum consilium, poenitentia acta, mutata videntur, in pristinum statum reducat. Tenetur igitur ad restituenda quaecunque ratione coepti negotii neque finiti absunt reo. — Quae res per se clara exemplis corroboratur; quae omnia sumam ex l. 5. D. de cond. c. d. c. n. s. Prima species jam supra relata est. Dedi tibi pecuniam ut Capuam eas; deinde parato tibi ad proficiscendum conditio temporis vel valetudinis im-

pedimento fuit, quominus proficiscereris. Ulpianus dat mihi hoc casu pecuniae datae condictionem; „nisi forte, adjicit, tua intersit, non accepisse te ob hanc causam pecuniam; nam si ita se res habeat, ut, licet nondum profectus sis, ita tamen rem composueris, ut necesse habeas proficisci, vel sumtus, qui necessarii fuerunt ad profectionem, jam fecisti, ut manifestum sit, te plus forte quam accepisti, erogasse, condictio cessabit; sed si minus erogatum sit, condictio locum habebit, ita tamen, ut indemnitas tibi praestetur ejus, quod expendisti". — Alia species haec est: Titius accepit pecuniam, ut servum manumitteret. Servus fugit, priusquam manumitteretur. — Secundum Ulpiani sententiam servi manumittendi fuga, etiamsi nulla omnino fuerit domini Titii culpa, poenitentiam dat mihi, poenitentia autem condictionem. Potest autem res ita sese habere, ut ex condictione datae ob manumissionem pecuniae Titio injuria oriri videatur. Finge enim, Titium distracturum fuisse hunc servum, et propter hoc non distraxisse, quod acceperat ut manumitteret. Quae res facit, quum poenitentia injuriam facere non debeat, ut condici non posse, Ulpianus declaret. Cavere tamen debet, ut si postea in potestatem suam pervenerit servus, restituat id, quod accepit. Tunc enim, servo recuperato, poenitentiam non nocere, apparet, nisi si per fugam deterior sit factus servus; quod si acciderit, eadem illa regula facit, ut non omnem, quam accepit, pecuniam restituat, sed eo minus, quanto vilior servus factus sit propter fugam. — Si vero Titius servum non erat distracturus, tum, sicut jam dixi, condictio competit, nisi forte diligentius servum habiturus fuisset Titius, si non accepisset ut manumitteret; tum enim poenitentia injuriae verteret domino. — Simillima species haec est. Titius pecuniam accepit ut manumitteret; servus decessit ante manumissionem. Ulpianus dat condictionem, etiamsi

nulla intervenerit, ne levissima quidem, domini culpa. Si tamen ipsa manumissio occasionem praebuit morti, veluti servus, manumissionis causa cum domino profectus ad praesidem, a latronibus sit interfectus, vel ruina in stabulo oppressus, vel vehiculo obtritus, vel aliquo modo, quo non perisset, nisi manumissionis causa proficisceretur: manifestum est, dominum, ne injuriam sentiret ex poenitentia actoris, nil refundere debere. — Eadem illa regula et in aliis speciebus occurrit. Si quis dederit Titio decem, ut servum emat et manumittat, deinde poeniteat, servus autem, poenitentia nondum acta, jam sit emtus, quum poenitentia nullam facere debeat injuriam ei, qui redemit, Titius ad nil aliud cogi potest, quam ut servum emtum restituat actori, vel se restituturum promittat, si servus, quem emerat, fugit, nec fuga culpa ejus accidit, qui redemerat. — Quodsi poenitens Titium de poenitentia certioraverit, antequam emtus esset servus, et tamen postea emerit servum Titius, attamen actio propter poenitentiam competit ei, qui dedit. Hoc enim casu ex poenitentia nulla oritur Titio injuria. — Qua ex re nunc alia oritur quaestio, illa sc. qua via consequar a poenitente, quae ratione et nomine negotii coepti mihi absint? utrum igitur ipso jure nulla sit condictio, si tantum impenderim, quantum accepi, aut certe ipso jure imminuatur, si minus erogaverim quam data sunt; — an per exceptionem tantum, compensationis nomine, condictioni ipso jure vigenti, opponi debeant? Ego ipso jure imminui vel penitus tolli condictionem arbitror. Et quidem ob has rationes. Jam supra duplicem condictionis naturam annotavi: quod enim ejus fundamentum attinet, ex ipsa aequitate et jure gentium descendere; quod vero judicium actionemque institutam, strictissimum jus observari dixi. — Ipsa illa in fundamento aequitas fecit, ne amplioris summae condictio daretur, quam quae sine causa alterius apud

alterum invenitetur; — strictum autem in judicio instituto actionis jus impediit, primis certe temporibus, ne ullam liceret opponere exceptionem. Quae utraeque observationes in id concurrunt, ut jam velut a priori dicendum videatur, quae impenderit reus ipso jure minuere vel tollere condictionem. Quod et Ulpiani verbis, quibus utitur in l. 5. C., pleniter confirmatur. Prima enim, quam proposui, specie „condictionem cessare" dicit, et in secunda „non oportere servi domino condici". — Quibus ita expositis, neminem amplius, Ulpianum his locis contradicere illis, quae fragmenti supra citatis contra Proculum defendit, dicturum spero, quum condictio his speciebus aliam ob causam denegata videatur, sc. ne poenitentia injuriam faciat accipienti. —

Superest ut videamus, si reus contra actorem non computaverit, quae rursus sibi absunt negotii coepti nomine, num horum nomine propriam postea movere possit condictionem? In quod ego, condictionis naturam intuens, proclivior sum. Quamvis enim per eum steterit, quominus quae ipse impenderat computando vel diminueret vel in totum tolleret condictionem poenitentis, attamen haec negligentia ad tollendam impensarum condictionem valere non potest; quum sufficiat ad condictionem, alterum pro altero sine causa quaedam erogasse. Cui sententiae l. 5. pr. C. in tantum non adversatur, ut eam potius confirmet. Si enim itineris gratia minus erogatum quam datum est, „condictio locum habebit, ita tamen, ut indemnitas tibi praestetur ejus, quod expendisti". Indemnitas autem aut imminuta principali actione, aut propria postea condictione instituta servari videtur; nec indemnis ille videri potest, cui propria postea impensarum condictio denegatur. Idem est in nominatis contractibus, veluti in mandato. Mandatarius quae ei ratione mandati absunt, consequetur vel compensatione principali actioni

exhibere rei dominium translatum; quin immo rei depositae, nisi sequestrariae, ne possessionem quidem ad depositarium pertinere, et tamen et hunc re videri et dici obligatum, et civili actione, nominata sc., ad reddendam eam rem urgeri posse. — Quibus actionibus, quantum fundamentum attinet, similis est condictio, quae rei furtivae nomine contra furem, et illa, quae rei ab uxore tempore matrimonii amotae causa contra ipsam mulierem matrimonio soluto intenditur. Proprietatem enim rei furto ablatae vel amotae in furem vel mulierem non transire manifestum est, sicut neque res deposita, neque commodata, neque pignori data in dominium ejus transit, cui tradita est. Quo utroque tamen casu velut ex re civilis oritur actio, aut nominata, sicut depositi, commodati, pignoratitia; aut condictio, quae dicitur aut furtiva condictio, aut rerum amotarum actio, sublato ita inter virum uxoremque nominum odio. „Nam in honorem matrimonii turpis actio adversus uxorem denegatur"; arg. Gaj. in l. 2. D. h. t. — Condictionem enim esse rerum amotarum actionem aperte declarat Gajus in l. 26. D. de act. rer. amot. „rerum amotarum actio condictio est". — Iisdem igitur juris regulis constant hae condictionis species, quum nomen tantum tollendi odii gratia mutatum sit. Quare non specialiter de utraque agam, sed uno contentus ero tractatu, in quo ita versabor, ut non totum hujus condictionis jus, cunctasque regulas exponam, sed ea tantum attingam, quae specialiter ad condictionis hujus naturam, ejusque, ut ita dicam, rationem civilem illustrandam valent. —

Est igitur condictio furtiva condictio possessionis, et accedit condictioni proprietatis, quae procul dubio primis temporibus sola competebat. — Jus civile enim, ruptis angustissimis primi temporis finibus, progrediente tempore amplificabatur. Quo factum est, ut non solum, sicut demonstravi, condictioni accederet

postea P. V. actio, sed et id, ut ipsius condictionis fines proferrentur. Ita condictionem, quae de re data primum tantum competebat, et ex facto postea datam esse vidimus, ita ad certi, quae fuerat initio, condictionem accessit postea incerti; ita denique ad proprietatis condictionem junctam videmus illam de possessione. Unde mihi necessarium videtur dicere, ipsam condictionem furtivam et rer. amot. actionem non singularitatem quandam esse a ratione civili prorsus abhorrentem, sed potius ipsius juris civilis progressum; sicut et incerti condictionem non exceptionem nomino illius, quae de certo competit, sed ejusdem potius progressum et ulteriorem ejusdem formam atque φάσιν. Causa autem, ex qua ipsum jus civile a proprietatis condictione ad possessionis condictionem progressum sit, in ipso jure gentium sita videtur, i. e. in aequitate, quam omnis omnino condictionis fundamentum esse supra exposui. Nam „jure gentium condici posse res ab his, qui non ex justa causa possident", Marcianus ait in l. 25. D. de act. rer. amot. Ita quoque Ulpianus in l. 25. §. 1. D. de furt. testis est, Celsum putasse, „posse condici possessionem". — Quae ratio facit, ut et quamvis furtum non sit admissum, vel rerum amotarum actio non videatur competere, possessione tamen subtracta, possessionis detur condictio. Verum est enim, quod Ulpianus in l. 25. c. affirmat, fundi nomine furti agi non posse. Unde quaeritur, „si quis de fundo vi sit dejectus, an condici ei possit, qui dejecit? Labeo negat, sed Celsus putat, posse condici possessionem, quemadmodum potest re mobili surrepta". — Porro constat, rerum amotarum judicium sic habere locum, si divortii consilio res amotae fuerint, et secutum divortium fuerit. Si igitur in medio matrimonio uxor marito res subtraxit, cessabit rer. amot. actio. Sed „tamen, Marciano teste in l. 25. c., ipsas res maritus condicere

potest;" nam jure gentium condici puto posse res ab his, qui non ex justa causa possident. — Furtivae igitur amotaeque rei condictio possessionis condictio est, et consequenter indulgetur domino rei, cui ex injusta causa possessio rei abest. — Quod multa fragmenta confirmant; — arg. l. 1. D. de cond. furt.: „in furtiva re soli domino condictio competit"; — l. 14. §. 16. D. de furtis; — §. 19. I. de obligat. quae ex delicto. — Quodsi ejusdem rei dominium, posteaquam surrepta fuerat, amiserim, consequens est, et condictionem postea cessare; arg. l. 10. §. 2. D. de condict. furt. (Ulpianus): „tamdiu autem condictioni locus erit, donec domini facto dominium ejus rei ab eo recedat; et ideo, si eam rem alienaverit, condicere non poterit". — Eodem modo, si servus furtivus legatus fuerit, heres condictionem haud amplius habebit, quia dominium facto testatoris, i. e. domini discessit; arg. l. 10. §. 3. D. eod. Conf. l. 14. pr. D. eodem. — l. 54. §. 14. D. de furt. — l. 67. §. 5. D. eod. — l. 13. §. 1. D. depos. — Necesse est enim, ut ipso domini facto dominium ab eo discedat, ita ut Marcellus dicat: „si dominium non tuo facto amiseris, aeque condices" et deinde pergat: „in communi re . . interesse, utrum tu provocasti communi dividundo judicio, an provocatus es; ut si tu provocasti communi dividundo judicio, amiseris condictionem, si provocatus es, retineas"; arg. l. 12. pr. et §. 1. D. de cond. furt. — Id aequitas suadet, neminem facto alieno fieri pauperiorem. — Domino autem rei furtivae mortuo, heredi competit condictio furtiva; alii autem non impertitur; quare in specie supra proposita legatarius rem furtivam sibi legatam non condicere, sed vindicare tantum potest; arg. l. 11. D. h. t. Heres enim per omnia succedit in locum ejus, qui decessit, eandemque prorsus personam sustinet, et ideo et condictio furtiva cum ipsa furtivae rei proprietate in eum

transit. Legatarius autem singularis successor est, itaque in rem tantum succedit, non in personam. Rei autem legatae proprietas tantum in eum transit, quippe quae juris est; possessio autem, quae plurimum facti habet, ideoque non nudam recipit successionem, ad eum non pervenit; sed nec condictio, quae possessionis nomine competit, transire potest, quum non ex possessione simpliciter, sed potius ex adempta rei possessione oriri dici debeat. Ademtio autem personalis est, et ideo quod ex ea oritur, personae cohaeret, nec in alium quendam transire potest, quam qui ipsam hanc personam post mortem ejus suscipere videtur, i. e. in heredem. — Longe alia autem est vindicationis conditio; haec enim non ex amissa proprietate oritur, sed potius inde, quod qui possessionem injuste amisit, proprietatem tamen retinet. Quapropter haec in legatarium transit. Unde et id sequitur, in ejus personam, cui surrepta rei possessio est, vel in ejus heredem concurrere debere de eadem re furtiva et vindicationem et condictionem; quae sibi nequaquam contrariae videntur; vindicatio enim ex proprietate oritur, condictio furtiva ex injuste ademta possessione. Eodem autem facto et proprietas in dubium revocata et possessio surrepta videtur. Quare ex eodem facto utraeque actiones oriuntur, neque tamen, quod juris fundamentum attinet, inter se cohaerent. — Argumenta autem abundant; e. g. l. 7. §. 1. D. de cond. furt. — Nunc quaeritur, in quem detur condictio furtiva? Et respondit Paulus in l. 5. D. de cond. furt.: „nunquam ea condictione alius quam qui fecit, tenetur, aut heres ejus". Neque oppugnant Ulpiani verba in l. 7. §. 2. in fin. D. eod. „quae in herede diximus, eadem erunt et in ceteris successoribus". Non enim intelligit successores, quos singulares appellamus, sed in universum jus, exemplo heredum. — Et hujus quidem eadem ratio, quam supra jam exposui. Quamvis

enim id verum sit, in condictione furtiva possessionem jam civilem obligandi materiam esse, tamen hoc in eum tantum valet, qui ipse possessionem eripuit, et in heredem ejus, qui illius personam sustinet. Odio enim furum factum est; ut jam ipsa possessio ad condictionem sufficeret, quum in quemcunque alium proprietas tantum, quae sine causa apud eum invenitur, hunc habeat effectum. —

Nil autem interest, exstet apud furem heredemve ejus, an non res furtiva; dummodo dominus possessionem non apprehenderit. Tunc enim nemo furum condictione teneatur. Unde intelligitur, ita demum manifestum furem condictione teneri, si deprehensa non fuerit a domino possessio rei furtiva; arg. l. 10. pr. D. t. c. — Hoc autem casu excepto durat condictio in furem heredemve ejus et post peremtam, vel sine levissima culpa furis, rem furtivam. Quod inde effluit, quod, sicut supra vidimus, mora semper ejus facit periculum, qui in mora est. Fur autem, qui primo invito domino rem contrectavit, semper in restituenda ea, quam nec debuit auferre, moram facere videtur; l. 20. D. t. c., — l. 16. D. eod. — Quid autem consequimur condictione furtiva? Respondeo: quamvis ex possessione ademta oriatur, neque proprietas, possessione ablata, ullo modo imminuta videatur, attamen rei persecutionem habere furtivam condictionem dicendum est; arg. l. 7. §. 2., l. 14., §§. 2, 3. D. t. c.; quum nuda proprietas omni destituta sit utilitate et pretio. Quare ipsa aequitas, quam omnis omnino condictionis fundamentum esse demonstravi, suadet, ut non solum furtivae rei possessio restituatur, vel possessionis tantum aestimatio fiat, sed ut, peremto corpore, ipsius pretium solvatur; arg. l. 8. pr. D. eod.; et quidem ita, ut id tempus spectetur, quo res umquam plurimi fuit, maxime quum deteriorem rem factam fur dando non liberetur, semper enim moram fur facere videtur; arg.

l. 8. §. 1. D. t. c. — Novissime dicendum est, etiam fructus in hac actione venire; arg. l. 8. §. 2. D. t. c.; et generaliter, ejus fieri aestimationem, quod interest agentis, velut si servus furtivus heres sit institutus, et periculum subeat dominus hereditatis amittendae; arg. l. 3. D. h. t.; l. 52. §. 28. D. de furt. — Aequum enim est, quodcunque mihi abest amissae possessionis ratione, id mihi furem heredemve ejus restituere. Eadem aequitas facit, ut, mutata surrepti corporis forma, novi corporis detur condictio, aestimata tamen nova corporis forma. Ita ex argento surrepto pocula facta condicuntur, et in condictione etiam caelaturae aestimatio fit, quae impensa furis facta est; idem juris est uvis surreptis; nam et mustum et vinacia jure condici possunt; arg. l. 13. et l. 14. §. 3. D. t. c. —

Denique quaeritur, quid juris sit in iis personis, quae non sibi sed alii cuidam acquirunt? veluti liberi in potestate et servi. — Quum rei persecutionem condictio furtiva et rer. amot. actio in se contineant, manifestum est, neque servum neque filium filiamve in potestate condictione furtiva vel amot. rer. actione teneri, quippe qui nil sibi, sed patri dominove omnia acquirunt. Quodsi ex furto filii servive ad patrem dominumve quiddam pervenerit, verius est, in quantum locupletior factus est pater dominusve, ex furto facto actionem de peculio in eum dari. Iniquissimum est enim ex furto servi filiive dominum patremve locupletari impune. Nam et circa rer. amot. actionem filiae familias nomine in id, quod ad patrem pervenit, competit actio de peculio; arg. l. 3. §. 12. D. de peculio; l. 15. 19. D. de condict. furt.; l. 4. D. eod. — Quum in re notandum, in patrem dominumve ex furto locupletiorem quae datur condictio, furtivam non dici. — Numquam enim ea condictione alius tenetur, quam qui fecit aut heres ejus, sed simpliciter: „condicendum esse domino id, quod ad eum pervenit" dicitur; arg.

fr. 4. c. Quod si res ipsa furto ablata, in domini sit potestate, possessione jam videtur obligatus, et condictione teneatur, quae furtiva dici non potest, sicut et illum, qui dominum vi fundo dejecerit, teneri supra dixi. — In fine autem totius videndum, num species tantum sit condictionis furtiva condictio, an vero proprium actionis genus, ita ut non unum, sed duo nunc condictionum genera existere dicendum sit? Quod mihi nequaquam videtur. Eadem enim condictio, quae antea proprietate tantum translata competebat, nunc ad nudam jam possessionem protracta est, ita ut antiquo illi condictionis generi nova species subjecta, non autem novum genus adjectum videatur. Ita et supra condictionem incerti non ut proprium genus condictioni certi opposui, sed potius utrasque esse ejusdem generis species probavi. — Neque quisquam mihi objiciat differentiam regularum, quibus condictio furtiva et illa, quae ex proprietate translata oritur, reguntur. Haec enim ipsius speciei singulari naturae adscribenda est. — Quod primum valet de illa differentia, quod in re furtiva soli domino condictio competit, in quacunque alia causa autem is tantum condicit, cui rei dominium sine causa ademtum est. — Idem valet de eo, quod condictio furtiva ejus temporis aestimationem recipit, quo unquam plurimi res fuit; illa autem, quae ex proprietate oritur, litis contestatae temporis. Manifestum est enim, furem semper in mora esse. —

Meminimus autem ex superioribus, si rem petitam respicias, duas esse condictionis species: si certum petetur et triticiariam. Unde quaestio oritur, cui speciei adnumeranda sit condictio furtiva? Mihi triticiaria esse videtur. Illa enim si certum petetur, de pecunia numerata tantum datur, et de mutuo. In mutuo autem furtum committere non possumus, quum nemo rei suae fur esse possit. Quam sententiam con-

firmat Ulpianus in l. 1, 2. D. de cond. tritic. Definita enim condictione: si certum petetur, transit ad triticiariam condictionem, interque ejus species enumerat et condictionem furtivam his verbis: „rem autem suam per hanc actionem (sc. condictionem triticiariam) nemo petet, nisi ex causis, ex quibus potest, veluti ex causa furtiva, vel in re mobili vi abrepta". — Quo et illud simul corroboratur, quod semper defendi, unum tantum condictionis genus esse, ejus autem species plurimas, inter quas et condictio furtiva et rer. amot. actio inveniuntur. —

Denique si quaeras, num certi sit an incerti condictio furtiva, certi tantum eam esse posse, respondeo. Quod jam inde sequitur, quod in furtiva re soli domino condictio competit. Nec oppugnat l. 12. §. 2. D. de cond. furt.: „Neratius libris membranarum Aristonem existimasse refert, eum, cui pignori res data est, incerti condictione acturum, si ea surrepta sit". Hanc enim condictionem, quamvis furti occasione natam, tamen furtivam non esse, plus quam manifestum est. —

Haec hactenus de condictione, quae rei furtivae amotaeve nomine competit. In qua nuda jam possessio civilem obligandi materiam continet, quae antea in rei dominio translato sita videbatur. — Ita simul et tractatus de reali civilis obligationis fundamento ad finem perductus est. — Et licet nunc nobis ad aliam obligandi materiam pergere, quae rei semper adjungitur, eodemque prorsus cum ipsa ordine habetur. — Quod ut manifestum fiat, paucis quae de realis obligationis materia dixi, colligam.

Realis obligationis antiquissima species mutuum est. In mutuo autem non solum obligatio ex re nascitur, sed ex eadem re simul et omnem definitionem finesque sibi sumit; ita ut condictio ex mutuo ex ipsis nummis translatis non originem tantum, sed et omnem

definitionem trahat. Idem est in reliquis rei translationibus extra mutuum, ita ut ex his nascatur condictio triticiaria, quae et ipsa per rem translatam regitur. Haec igitur condictio civilis obligatio est, et sine scripto venit, itaque proprium constituit jus civile. — Eadem autem res civilem suam obligandi vim transferre potest ad pactum partium, ita ut nascatur P. V. actio, sicut sine hoc pacto, si res sola adsit, ad reddendam eam nascitur condictio. — Haec autem P. V. actio sicut condictio sine scripto venit, itaque pars est juris civilis, quod proprie dicitur. — Invenimus autem pacta quaedam, quae utilitatis commerciique publici gratia et sine re civilem effectum habent et obligationem producunt. Quae exceptionum loco habenda sunt, et sicut regula ipsa, ex sola rei necessitate et hominum usu venerunt. —

In his vero omnibus casibus dando nos alterum obligare manifestum est; obligatio ideo ex re venit; quae enim specialiter ex verbis vel litteris venire dicitur, ex re venientem per omnia imitatur, quum et ex ipsa originem trahat; quae autem consensu constat, opponi non potest, quum necessario videatur exceptio regulae adnumeranda. —

Videmur autem non dando solum, i. e. per rem alterum obligare, sed et faciendo; quod duplici modo fieri posse intelligitur. Aut enim licitum quid facimus et in alterius beneficium, aut illicitum et in alius cujusdam detrimentum. Quod autem licite factum attinet, per hoc obligamus alterum, in cujus beneficium quid fecimus, ita ut, veluti in re data, aut condictione aut P. V. actione teneatur. De hoc nil addendum videtur. Illicite autem factum longe aliam obligationis materiam continet. Primum enim, quid sit illicitum, ex lege tantum intelligitur; deinde et qualis quantaque sit ex hoc facto oriunda obligatio, legis est definire. Unde intelligitur, duo esse hujus ob-

ligationis elementa, factum sc. et legem; quippe factum occasionem, lex autem substantiam obligationi suppeditat. Illis igitur obligationibus, quae dando contrahuntur, ideoque ex re originem trahunt, opponimus illas, quae ex facto nascuntur illicito, vel, quod idem est, quibus lex addit substantiam. Quas obligationes juris civilis esse manifestum est, sed ejus, quod latiore sensu ita appellatur; proprium enim jus civile sine scripto venit ideoque illas tantum continet obligationes, quae ex re originem trahunt, et, ut ita dicam, propria vi ac potestate constant.

Quae igitur lex introduxit proprio juri civili non adnumerantur. — Haec omnia, quae de similitudine et differentia obligationum, quae ex re et quae ex facto vel lege oriuntur, dixi, ex ipsa rerum natura necessitate quadam descendere videntur. Quapropter eadem juris nostri conditores latuisse non facile putandum est. Et ecce eadem omnia, quamvis hic atque illic dispersa, in digestorum libris leguntur. Ulpianus primum in l. 25. §. 1. D. de O. et A. generaliter exponit: „actionum quasdam ex contractu, quasdam ex facto esse": „ex contractu actio est, quoties quis sui lucri causa cum aliquo contrahit, veluti emendo, vendendo, locando, conducendo et ceteris similibus. Ex facto actio est, quoties ex eo teneri quis incipit, quod ipse admisit, veluti, si furtum vel injuriam commiserit, vel damnum dederit." Quod autem quis admittit contra legem, delictum generali voce nominatur; ita ut obligationibus ex contractibus oriundis illae opponi possint, quae ex delicto oriuntur. Quam quidem obligationum summam divisionem esse, veteres jurisconsulti docent; arg. Gajus in §§. 88, I. 182. libr. III. „nunc transeamus ad obligationes, quarum summa divisio in duas species deducitur. Omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur, vel ex delicto." Quae verba nullam admit-

tunt tertiam quartamque obligationum species. — Et tamen apud eundem Gajum legimus: „obligationes aut ex contractu nascuntur, aut ex maleficio, aut proprio quodam jure ex variis causarum figuris;" arg. l. 1. pr. D. de obl. et act. (lib. II. aureorum). Ita et Justinianus in institutionibus, quas gajanarum institutionum repetitam esse praelectionem ipsa librorum inter se comparatio ostendit, obligationum divisionem in quatuor species deduci ait; arg. §. 2. I. de oblig.: „aut enim ex contractu sunt, aut quasi ex contractu, aut ex delicto aut quasi ex delicto." Unde intelligitur, varias illas causarum figuras obligationes, quae dicuntur quasi ex contractu et quasi ex delicto, in sese continere. — Quae unde orta sit in summa obligationum divisione differentia, facile enodari potest. Voces „delictum" et „contractus" generalissimae sunt. Deliquisse igitur dicitur, quicunque non jure aut facit aut omittit aliquid, etiamsi non dolo sed culpa tantum id fecerit. Contraxisse autem dicitur quicunque alterius obligandi gratia aliquid dedit vel fecit, etiamsi verba non intervenerint. Postea vero de generali harum vocum sententia dubitatio exorta videtur. Delictum enim videbatur sine dolo malo consistere non posse; per contractum itidem nemo ignorans posse obligari videbatur. Ideo voces „delictum" et „contractus," quae juris magis fuerant, postea ex facto potius intelligebantur. Unde evenit, ut multi invenirentur casus, in quibus civiliter quem obligatum esse constabat, sed tamen neque ex delicto, neque ex contractu. Ex variis igitur causarum figuris dicebantur oriri, vel etiam, genere hoc in duas species deducto, vel quasi ex contractu vel quasi ex delicto. Quasi contraxisse is videbatur, qui per rem solam et ignorans obligabatur; quasi deliquisse autem, qui quamvis in dolo non sit, culpa tamen et negligentia non omnino purgatur. Haec autem rem ita se habere,

argumento est, quod, qui ita diviserunt, voci „delictum" substituerunt vocem „maleficium," aperte ita declarantes, strictiore sensu delictum maleficium tantum esse, latiore autem et illos casus continere, in quibus qui obligatur, non proprie ex maleficio obligatus, sed culpa tamen aliquid commisisse videtur. Exempla abundant:

L. 1. pr. D. de O. et A. (Gajus): „obligationes aut ex contractu nascuntur, aut ex maleficio aut proprio quodam jure ex variis causarum figuris."

§. 3. I. de obligat.: „aut enim ex contractu sunt, aut quasi ex contractu, aut ex maleficio aut quasi ex maleficio."

§. 1. I. de action.: „agit unusquisque aut cum eo, qui ei obligatus est vel ex contractu, vel ex maleficio ... et aliis quibusdam modis." —

Accedit et aliud argumentum, sc. singulae species, in quibus vel ex quasi contractu, vel ex quasi maleficio nascitur actio. Ratio enim haec semper esse dicitur: in quasi contractu quidem, quia non proprie ex contractu obligatus est, neque tamen maleficium commisit; in quasi maleficio autem, quia non proprie malefecit qui obligatur, neque tamen alio modo contraxit. Ita Justinianus pr. I. de oblig. quasi ex contract., generaliter sic praefatur: „post genera contractuum enumerata dispiciamus etiam de iis obligationibus, quae non proprie quidem ex contractu nasci intelliguntur, sed tamen, quia non ex maleficio substantiam capiunt, quasi ex contractu nasci videntur;" eandemque rationem postea singulis casibus apponit, ita ut negotiorum gestores, tutores, qui rem communem habent sine societate, heredes legatorum nomine, denique ii, quibus indebitum quid per errorem solutum est, ideo quasi ex contractu intelliguntur obligati, quia non proprie contraxerint, neque sane ex maleficio teneantur; arg. tit. cit. L. 1. 5. D. de O.

et A. — Eadem leguntur in quasi delictis, arg. tit. I. de oblig. quae quasi ex delict., l. 1. de O. et A.; l. 6. D. de extraord. cognit. — Nam et judex, qui litem suam fecit, et is, ex cujus coenaculo dejectum effusumque quid est, et is qui positum aut suspensum habet publico itinere, denique exercitor navis, cauponae, stabuli, ejus quod commissum est in navi, caupona, stabulo, ideo quasi ex maleficio obligati dicuntur, quia non proprie ex maleficio obligentur, neque sane contraxerint.

Neque tamen desunt fragmenta, in quibus et hi ex contractu simpliciter obligati dicuntur; arg. l. 16. D. de negot. gest. (Paulus): „sed et quum aliquis negotia mea gerit, non multa negotia sunt, sed unus *contractus*, nisi si ab initio ad unum negotium accessit, ut finito eo discederet. Hoc enim casu, si nova voluntate aliud quoque aggredi coeperit, alius *contractus* est." L. 1. §. 6. D. de pecun. constit. (Ulpianus): „debitum autem ex quacunque causa potest constitui, id est ex quocunque *contractu*, sive certi sive incerti, et si ex causa emtionis quis pretium debeat, vel ex causa dotis, vel ex *causa tutelae*, *vel ex quocunque alio contractu*." Conf. praeterea l. 20. D. de R. C.; l. 23. D. de R. J.; l. 17. C. de fide instrum.

Ita errasse me non arbitror, si duplicem tantum jurisconsultis romanis civilium obligationum originem visam esse dico atque defendo. — Duplex autem haec civilium obligationum origo — ex re sc. vel ex contractu, et ex facto vel ex delicto — et alio modo agnoscitur in §. 1. I. de oblig.: „civiles sunt obligationes, quae aut *legibus constitutae*, aut *certe jure civili comprobatae* sunt." Quae enim ex contractu oriuntur, sine scripto venisse scimus, et ita jure civili comprobatae optime jure dicuntur. Quae autem ad delictum originem suam referunt, quum ex

lege tantum substantiam capiant, legibus constitutae videntur, ideoque proprio juri civili non adnumerantur; hoc enim sine scripto venit. — Quae res magni momenti est in natura actionis ex lege oriundae definienda. Quod antequam aggrediar, necessarium videtur fragmenti ex Gaji rebus quotidianis sumti mentionem facere, quum hoc fragmentum e x r e et illas obligationes oriri dicat, quas delicto attribui. Gaji verba haec sunt: „ex maleficio nascuntur obligationes, velut ex furto, ex damno, ex rapina, ex injuria. Quae omnia unius generis sunt; nam hae r e tantum consistunt, i. e. ipso maleficio; quum alioquin ex contractu obligationes non tantum re consistant, sed etiam verbis et consensu." Quod fragmentum (l. 4. D. de O. et A.) longiore expositione non indiget; quia et aliis fragmentis lucem affundit. Inde enim intelligitur, quomodo Ulpianus in l. 1. §. 3. D. de pact. dicere possit: „adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat Pedius, nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis fiat. . . ." Vox enim „obligatio" et illas continet, quae ex delicto oriuntur; quae quum sane ex verbis non fiant, necesse est dicamus eas, secundum Ulpiani distinctionem, ex re oriri. Quod ita tantum verum videtur, si Gaji interpretationem: „res i. e. ipsum maleficium" adhibeamus. —

Idem est in pr. I. de oblig. quae ex delicto nasc. Sed nunc videamus de actione, qua lex ex delicto oriundas obligationes munierit. — Quae obligationes, quum jure civili introductae sint, manifestum est, nulla alia eas actione investiri potuisse, quam quae proprii erat juris civilis, quaeque propria vi atque potestate constans, jure civili comprobata tantum erat, i. e. illa ex re oriunda actione quae condictio dicitur. Quod re vera et factum videmus. Non solum enim et

in digestis et in codice tituli singulares inscribuntur: „de condictione ex lege;" sed et multis aliis locis condictionis ex lege exempla leguntur. —

Hae autem condictiones ex lege aut suo nomine non stant, sed transeunt in aliud nomen negotii, aut nomen suum non habent; eodem prorsus modo, sicut supra in tractatu de obligationibus ex re oriundis, quasdam invenimus actiones nominatas, reliquas vero, quum negotiorum multitudini non sufficere possint nomina, innominatas, in quibus P. V. nominis vice fungebantur. Cujus utriusque generis ex lege condictionum exempla quaedam afferam. —

Delictorum, ex quibus civiles obligationes oriri lex praecepit, praecipua haec nominantur: furtum, damnum, injuria; arg. pr. I. de oblig. quae ex del.; l. 4. D. de O. et A. — Ex his autem delictis lex praecipit actiones oriri civiles et poenae et damni resarciendi gratia; quae actiones in suo i. e. condictionis nomine non stabant, sed transibant in proprium nomen et actio furti manifesti vel nec manifesti, actio damni injuria, actio injuriarum (sc. civilis) nominatae sunt. Sed necessarium non videtur, de his actionibus vel de legibus, quibus introductae sunt, longius disserere. — Aliae autem condictiones ex lege proprium nomen non invenerunt; et ideo in generali illo nomine steterunt. Quod generaliter ita acceptum erat; arg. l. unic. D. de condict. ex lege. (Paulus): „si obligatio lege nova introducta sit, nec cautum eadem lege, quo genere actionis experiamur, ex lege agendum est." Quae verba simul illud corroborant, nominatas illas ex lege oriundas actiones condictiones esse. — Exempla autem innominatarum ex lege condictionum passim occurrunt. Ita notissima est condictio ex lege divi Pii, quae competit impuberi arrogato et sine causa postea emancipato contra adoptivum patrem, ut quartam partem bonorum sibi relinquat; arg. §. 3. I. de adoption. — Prae-

terea non ignota est condictio ex lege ultima codicis de dotis promissione, qua pater tenetur ad dotem filiae nomine ejus marito solvendam; et aliae innumerabiles. — In his igitur casibus ex lege quidem oritur condictio. Lex autem semper ex facto quodam illicito, i. e. ex delicto condictionis occasionem sumit, veluti in speciebus a me relatis ex emancipatione sine causa, aut ex indotatis filiae nuptiis et hoc genus reliqua. — Sicut igitur omnes obligationes aut ex re aut ex delicto oriuntur, ita et actiones omnes in duas species discedunt. Ex re enim oriunda obligatio condictioni originem dat; ex delicto autem oriunda habet ex lege condictionem. Quum enim delicto naturaliter nulla insit obligatio, per legem tantum ad id transferri potest obligatio et actio; unde manifestum fit ex lege condictionem eandem esse cum illa, quae simpliciter condictio appellatur; omnesque unius generis species haberi debere. —

Vidimus autem supra, rem ut civilem obligandi causam, non ad condictionem tantum valere, sed et ad P. V. actionem, si pacto accedat. Eodem modo et lex duplici modo vim suam civilem exercere videtur. Potest enim vel sola inveniri, quo de casu nil amplius addam; vel pacto accedere, ipsique vim atque effectum civilem addere, quae nudo pacto inesse non videntur. — Lex hoc loco rei prorsus vice fungitur, ita ut nudo pacto duplici modo accedere possit effectus civilis, sc. re et lege. — De re jam vidimus; de lege autem Paulus in l. 6. D. de pact. generaliter et iisdem paene verbis, quae jam supra invenimus, annotat: „legitima conventio est, quae lege aliqua confirmatur; et ideo interdum ex pacto actio nascitur, vel tollitur, quoties lege vel s. consulto adjuvatur". — Talia autem pacta sunt, e. g. quae donationis causa fiunt, et quae nuptialia et dotalia dicuntur. Actio autem, quae inde oritur, ex lege condictio est; veluti e. g. condictio ex

lege 35 §. ultima C. de donat. ei indulgetur, cui ex donatione facta res non traduntur. Neque mirum quemquam habere potest, quod duas supra invenimus ex re oriundas actiones, sc. condictionem et P. V. actionem. Una enim tantum potest esse virtus legis, sive defendat sive praecipiat, eademque utrique parti, contra res duplicem habet vim, neque eodem modo utramque partem obligat. —

Ecce finitus est tractatus de condictione ex lege, finitaque haec secunda sectio, in qua reale condictionis, i. e. stricti juris actionis, fundamentum illustravi. Et incepi quidem a mutuo, quam simul et antiquissimam juris civilis obligationem esse et ipsam civilis obligationis materiam in se continere probavi. Quam postea prosequens, eo tandem perveni, ut rem esse principium atque fundamentum totius civilium obligationum juris affirmare non dubitem; quum et ipsa lex non novam procreare valuerit actionem, sed antiquam illam condictionem, ex re oriundam, et ad delicta transtulerit. Res igitur totius civilium obligationum juris summam continet et naturam constituit; et quae rei cohaerent, natura insunt civili obligationi, i. e. condictioni. — Quam rem exemplo confirmat Paulus in l. 44. §. 1. de O. et A. „Circa diem duplex inspectio est; nam vel ex die incipit obligatio, aut confertur in diem. Ex die, veluti: Kalendis martiis dare spondes? cujus natura haec est, ut ante diem non exigatur. Ad diem autem: usque ad Kalendas dare spondes? Placet autem, ad tempus obligationem constitui non posse, non magis quam legatum. Nam quod alicui deberi coepit, certis modis desinit deberi; plane post tempus stipulator vel pacti conventi vel doli mali exceptione summoveri poterit. Sed et in tradendo, si quis dixerit, se solum sine superficie tradere, nihil proficit, quominus et superficies transeat, quae natura solo cohaeret". — Sicut igitur rerum

ipsarum naturam superficies solo cohaeret, ita natura inest civili obligationi ut perpetua sit. Naturam autem civilis obligationis e x r e descendere dixi. Quod si verum est, necessario jam ex re ipsa sequi oportet, ut obligatio inde oriunda perpetua sit. Quod et facile ita esse probari potest. Res enim a me ad te translata, tamdiu te tenet obligatum, quamdiu sine causa apud te est, neque hoc aliter esse debere per pactum convenire possumus. Contra rerum enim naturam atque necessitatem nil valet contrahentium voluntas. Sed hac de lege, quamvis i m p r i m i s hac in doctrina mihi videatur memoratu digna, nihil amplius addam, quum eam ipsam in primo examine separatim explicandam acceperim.

Res igitur principium atque fundamentum civilis obligationis est. Et nil quidem naturalius esse potest, neque aequitati et juri gentium magis consentaneum. Quare optime ex gentium jure descendere mutuum dicitur, optimoque jure in reliquis omnibus condictionis speciebus aequitatis, boni et aequi, denique juris naturalis et gentium saepissime et diversissima occasione fit mentio. Huic autem in fundamento aequitati opponenda est ipsius actionis concipiendae et in judicium deducendae et dijudicandae strictissimum jus et severitas quiritaria, qua de re tertia sectione pauca exponam.

III. Et primum quidem manifestum est, ipsam hanc actionis judiciique severitatem aequitati in fundamento et causa obligationis minime oppugnare, quin immo illa ex hac originem trahere videtur. Ipsa enim aequitas poscit exactissimam strictissimamque juris observationem, quum strictiora vincula inveniri non possint, quam quae ipsa aequitas ipsumque gentium jus suppeditat.

Illa autem actionis judiciique stricta severitas multas offert species formasque, quae et probationis loco erunt. Loquimur autem de certi tantum con-

dictione, quum ipsa illa juris severitas eo adduxerit, ut procedente tempore et de incerto condictione agere permitteretur. —

A. Qui certum quoddam, veluti certam pecuniae summam condictione petit, nisi ad denarium probaverit, tantum sibi deberi, quantum intendit, nil omnino obtinet. Hoc est, quod dicitur: qui plus petit, causa cadit. — Plus autem petitur quatuor modis: re, tempore, loco, causa. Inter quos nil penitus intererat; ita qui vel re, vel tempore, vel loco, vel causa plus petierit, aeque causa cecidisse videtur, neque postea de eadem re agere potest, quum ei obstet rei in judicium deductae exceptio. Haec autem severitas postea in odium abiit, mutatumque est hoc antiquissimum condictionis jus, sicuti supra a certo ad incertum et a re ad possessionem processisse condictionis jus vidimus. Latae enim sunt leges zenoniana et justinianea, quarum fragmenta exstant in titulo C. justinianei de plus petit.; haeque severitatem coercuerunt. Et siquidem tempore plus fuerit petitum, Zenonis constitutio qui ante constitutum tempus debitum exegerint et per hoc reum damno affecerint, jubet tantum exspectare temporis, nullas usuras interea accipientes, quantum ipsi praevertere definitum solutioni diem voluerint. — Sin autem quantitate vel alio modo plus fuerit petitum, Justinianus sancit, ut, si quod forte damnum acciderit ei, contra quem plus petitum fuerit, commissa tripli condemnatione, puniatur. Conf. §. 33. I. de actionib. — Si autem minus in intentione complexus fuerit actor, quam ad eum pertineat, veluti si, quum ei decem deberentur, quinque sibi dare oportere intenderit, sine periculo agit. Verum enim est, quod intendit, quinque sibi dare oportere. Quapropter in quinque nummos condemnatur reus; et actor de reliquis postea intendere potest. — Id tantum cautum, ne intra ejusdem praeturam de reliquo agat;

nam qui ita agit, per exceptionem excluditur, quae exceptio appellatur litis dividuae; Gaj. lib. IV. §. 56. — Hoc autem strictum jus antiqui temporis postea jus mutavit Zeno, sanciendo, ut in reliquum nihilominus judex eodem judicio adversarium condemnet; arg. §. 34. I. de action. — Qui aliud pro alio intendit, nil periclitari manifestum est, velut si is, qui hominem Stichum petere deberet, Erotem petierit; aut si quis ex testamento dari sibi oportere intenderit, cui ex stipulatu debebatur. Ex integro enim eum agere posse Gajus dicit. Justinianus autem errore lapso permittit, „in eodem judicio, cognita veritate, errorem suum corrigere". Quae res contraria fuerat antiquae severitati.

B. Qui condictione certum quid petit, ei neque exceptio, neque compensatio, neque contrarium judicium opponi possunt. Loquimur autem de antiqui temporis jure. Et primum quidem de exceptione et compensatione.

Et jam supra memoravi, realis obligationis naturam, quam quidem omnes condictionis species induerunt, non pati, ut alio modo quam re solvatur eadem obligatio. In re omnia posita videbantur neque contra rem quidquam valebant vel pactum vel mala fides vel quod contra debebatur. Haec enim omnia aliena juri civili et extrinsecus ei advenire videbantur; quare haec omnia contra rem contraque civilem inde oriundam obligationem nil valebant. Postea autem et haec antiqui juris severitas mitigata est et stricto juri opposita aequitas. Neque tamen haec ad id valuit, — primo certe tempore — ut ipsum jus civile immutaret, h. e. ipso jure tolleret vel imminueret juris civilis actionem; sed in id tantum, ut integro juri civili opponerentur exceptiones. — De tempore autem nil affirmare ausim, praesertim quum luce clarius videatur, non uno tempore omnes, sed singulas exceptiones separatim in usum venisse. — Neque mihi animus est, de singulis ex-

exceptionibus, quas stricti juris judiciis oppositas invenimus, separatim tractare. Paucis contentus sum exemplis. Qui ita stipulatur: usque ad Kalendas dare spondes? ipso quidem jure et post id tempus condicere potest, sed vel pacti conventi, vel doli mali exceptione summoveri poterit; arg. l. 44. §. 1. D. de O. et A. — Eodem modo doli exceptio opponitur, ubicunque actor, stricto jure fisus, contra aequitatem quaedam petit; arg. l. 18. D. de R. C. (Ulpianus); l. 52. D. mandati (Javolenus). Idem est in aliis casibus; e. g. si metu coactus, aut dolo inductus, aut errore lapsus stipulanti Titio promisisti, quod non debueras promittere, palam est, jure civili te obligatum esse; et actio, qua intenditur, dare te oportere, efficax est; sed iniquum est, te condemnari; ideoque datur tibi exceptio metus causa, aut doli mali, aut in factum composita ad impugnandam actionem. Idem juris est, si quis quasi credendi causa pecuniam stipulatus fuerit, neque numeraverit. Nam eam pecuniam a te petere posse eum certum est; dare enim te oportet, quum ex stipulatione tenearis. Sed quia iniquum est, eo nomine te condemnari, placet per exceptionem non numeratae pecuniae te defendi debere per certum temporis spatium. — Praeterea debitor, si pactus fuerit cum creditore, ne a se peteretur, nihilominus obligatus manet, quia pacto convento obligationes non omnino dissolvuntur; qua de causa efficax est adversus eum actio, qua actor intendit, eum dare oportere. Sed quia iniquum est, contra pactionem eum condemnari, defenditur per exceptionem pacti conventi; arg. pr. — §. 57. de except. — Quod autem compensationem attinet, manifestum est, si Titius mihi e. g. ex stipulatu X debeat, ego illi V, nihilominus me intendere posse, Titium mihi decem debere. Quamvis enim ego V contra debeam, attamen, X mihi dare oportere, strictissimi juris intentio

est. Quam tamen severitatem e medio sustulit divi Marci rescriptum, quo et in stricti juris judiciis, opposita dolo mali exceptione, compensatio inducebatur; arg. §. 30. I. de action. — Exemplum autem invenio apud Ulpianum in l. 23. §. 1. de cond. indeb.: „si post rem judicatam quis transegerit et solverit, repetere poterit idcirco, quia placuit transactionem nullius esse momenti: . . . retineri tamen atque compensari in causam judicati, quod ob talem transactionem solutum est, potest". — Aliud autem compensationis exemplum et usurarum supra legitimum modum solutarum, in sortem imputatio est; de qua jam supra disserui. — Denique Justiniani constitutio „eas compensationes, quae jure aperto nituntur, latius introduxit, ut actiones ipso jure minuant, sive in rem, sive in personam, sive alias quascunque, excepta sola depositi actione, cui aliquid compensationis nomine opponi satis impium esse credidimus, ne sub praetexto compensationis depositarum rerum quis exactione defraudetur"; arg. §. 30. I. de action. Cui exceptioni et alias quasdam accedere scimus, quas enumerare operae pretium non est. Conf. Thibaut. Pand. §. 679. — Si igitur Titio X debeam, et ille mihi XX, X tantum ipso jure mihi debere videtur, et in X tantum mihi competit condictio. Quodsi XX petierim, Titiusque mihi, compensationis ratione non habita, XX solverit, manifestum est, condictionem indebiti X eum repetiturum. Sed aeque apparet, ante justinianeam illam constitutionem indebiti condictionem competere non potuisse; quod et Africanus confirmat l. 30. de cond. indeb.: „qui invicem creditor idemque debitor est, in his casibus, in quibus compensatio locum non habet (de facto sc., non de jure) et solvit, non habet condictionem indebiti soluti, sed sui crediti petitionem". — Per illam igitur constitutionem justinianeam factum est, ut actor necesse haberet, quas

ipse invicem reo deberet, computare et deducere, quod antea duobus tantum casibus praescriptum fuisse actori e Gaji commentar. IV. §§. 64-68. compertum habemus. Primo loco „argentarius cogitur, cum compensatione agere, ita ut compensatio verbis formulae comprehendatur; itaque argentarius, ab initio compensatione facta, minus intendit sibi dare oportere. Ecce enim si sestertium X millia debeat Titio, atque ei XX debeat Titius, ita intendit: si paret Titium sibi X millia dare oportere amplius, quam ipse Titio debeat". Quae ultima verba docent, neque hoc casu, ubi compensationis necessitas incumbat actori, hanc ei vim inditam fuisse, ut ipso jure summam debitam imminueret; non enim intendit pure: si X millia sibi debeat Titius; sed et compensandae pecuniae habita ratione intendit: si X millia debeat Titius amplius, quam ipse Titio debeat. Quare autem hoc jus in argentarios sancitum fuerit, nemini in argentariorum negotiis atque conditione vel mediocriter versato dubium esse potest. — „Item debet cum deductione agere velut bonorum emtor, ita ut in hoc solum adversarius condemnetur, quod superest deducto eo, quod invicem sibi defraudatoris nomine debetur". Quae verba ex illis, quae supra de bonorum emtore disserui, commentarium accipiunt. Exemplum rem illustrabit. Titio XX millia debet Gajus; Gajo invicem Titius X millia debet, ita ut uterque et creditor et debitor invicem sit. Postea Titii bona veneunt; Sempronio emtori addicuntur, ita ut dimidium omnis debiti solvat (emtor in 50%). Sempronius in universum Titii jus succedit, ita ut quae Titio debebantur XX millia, ipsi nunc debeantur; ipse autem, quae Titius debebat X millia, pro parte dimidia Gajo debeat. In tali autem bonorum emtione cum deductione debebit Sempronius agere, ut ita Gajus non in XX, sed in XV millia tantum condemnetur. — Bene autem notandum est,

inter compensationem, quae argentario opponitur, et deductionem, quae objicitur bonorum emtori, hoc interesse, quod compensationis quidem ratio in intentione ponitur; quo fit, ut si facta compensatione plus nummo uno intendat argentarius, causa cadat et ob id rem perdat. Deductio vero in condemnatione ponitur, quo loco plus petendi periculum non intervenit; utique bonorum emtore agente, qui licet de certa pecunia agat, incerti tamen condemnationem concipit. — Quae differentia ex ipsa natura et indole bonorum emtionis venit. Non enim partium tantum, sed et ipsius rei publicae intererat, eorum successiones, qui solvendo non essent, omni difficultate remota, quam celerrime finiri et explicari; quare, ne litium numerus in infinitum paene cresceret, obtinuit, ut una tantum actio emtori indulgeretur in unumquemque debitorem, unaque res judicata finem apponeret omnibus, quae emtionis occasione inter ipsos consurgere possent, litibus. — Quare in deductionem et id vocatur, quod non ejusdem generis est cum re petita: itaque, si pecuniam petat bonorum emtor, et invicem frumentum aut vinum tibi debeat, deducto eo, quanti id erit, in reliquum experitur. In compensationem autem id solum vocatur, quod ejusdem generis atque naturae est, veluti pecunia cum pecunia compensatur, triticum cum tritico, vinum cum vino, adeo ut quibusdam placeat, non omnino vinum cum vino, triticum cum tritico compensandum, sed ita, si ejusdem naturae qualitatisque sit. Eadem ratio facit, ut in deductionem et id vocetur, quod in diem debetur; dum hoc solum compensatur, quod praesenti die debetur. In tali autem deductionis natura, sine summa iniquitate et emtoris odio fieri non poterat, ut deductio sicut compensatio, intentioni insereretur. Facile enim reus celando quaedam, quae ipse bonorum venditori debebat, adduxisset emtorem, ut plus petendo causa cade-

ret totamque rem perderet. Quare in intentione id tantum nominabat, quod adversarium sibi debere arbitrabatur. Condemnatio autem ita concipiebatur: „Judex Nm. Nm. tantum condemna, quantum superest deductis quod invicem ei debentur". Quae formulae conceptio efficit, ut unusquisque litigantium pro se nominaret, quae sibi deberi arbitrabatur. — Utrum autem haec deductio illaque compensatio post Marci demum tempora introducta fuerint, an vero antea jam usu floruerint, equidem in tanta temporum obscuritate dijudicare non ausim. Proclivior tamen sum ut secundam accipiens opinionem, jam antequam ullam vel compensationis exceptionem opponere liceret, dicam, argentarium cum compensatione, bonorum autem emtorem cum deductione agere coactos fuisse. — Haec hactenus de exceptionibus et de compensatione. Superest ut de contrario judicio pauca addam.

Quae contrarii judicii origo sit, nemini ignotum esse potest. Manifestum est enim, exceptiones eis originem dedisse, ita ut, si verbi gratia in negotiorum gestorum actione ratio compensationis habita non est a judice, idem postea contrario judicio consequi possimus. Praeter hunc autem casum accidere potest, ut amplius sit quod invicem alterum consequi oporteat; aut ideo de restituenda re cum eo non agatur, quia ea res casu intercidit, aut sine judice restituta est. Quibus omnibus casibus, quum exceptio sine principali actione locum habere non possit, necessaria est contraria actio, quam sine principali moveri posse, Paulus in l. 17. §. 1. D. commod. apertis verbis declarat. Quum autem supra viderimus, exceptiones et in stricti juris judiciis in usum venisse, et praesertim compensationis rationem et in iis habitam esse, sequi videtur, ut et in stricti juris actionibus reus contra agere possit contraria actione, si e. g. compensationis ratio habita non fuerit. Quod tamen a vero longissime abesse, persua-

sum habeo. Sicut enim saepius jam exposui, obligatio, quae ex re oritur, accipientem tantum obligatum exhibet; qui autem dedit, dominus est negotii, neque ullo modo alteri obligatus. Unde sequitur, ex re unam tantum actionem oriri, i. e. condictionem, et contrariam ne intelligi quidem posse. Quod enim compensationis nomine opponi solebat condictioni, — ante Justiniani sc. tempora non ex eodem negotio debebatur, sicut e. g. illud, quod mandatario ipsius mandati ratione abest, sed ex alio quodam negotio, veluti ex alio mutuo. Quod si, quae ex secundo hoc mutuo invicem mihi debentur, ego compensationis nomine actori opponere neglexerim, manifestum est, non contraria actione me quae mihi debentur, consequuturum, cum secundum hoc mutuum cum primo illo nullo modo cohaereat; sed propriam mihi dari condictionem mei crediti, quae, sicut et creditum ipsum, sua vi atque potestate constat. — Ante Justiniani constitutionem autem hoc casu dabatur ex mutuo condictio, postea autem condictio indebiti, quum compensatio ipso jure debiti summam minuere videretur.

C. Strictum condictionis jus non patiebatur ullum judicis officium arbitriumque. Stricti juris igitur actiones arbitrariae non erant. Postea tamen et haec severitas in odium abiit, et introducta est actio arbitraria de eo, quod certo loco dari oportet. „Quia enim iniquum erat, si promissor ad eum locum, in quem daturum se promisisset, numquam accederet, — quod vel data opera faceret, vel quia aliis locis necessario distringeretur —' non posse stipulatorem ad suum pervenire, ideo visum est, utilem actionem in eam rem comparare"; arg. l. 1. D. de eo quod certo loco.

D. Eadem juris severitas impedimento erat, ne absolutoria essent stricti juris judicia. Absolutoria enim ea tantum fuisse persuasum habeo, quae et ar-

bitraria esse poterant. Ita enim mihi interpretanda videntur verba Gaji libr. IV, §. 114. Postea tamen, remota magis magisque juris severitate, ubi et condictioni inseri coepit judicis arbitrium, obtinuit Sabinianorum sententia, ut omnia judicia absolutoria essent; arg. §. 2. I. de perpet. et tempor. exc.: „superest ut admoneamus, quod si ante rem judicatam is, cum quo actum est, satisfaciat actori, officio judicis convenit eum absolvere, licet judicii accipiendi tempore in ea causa fuisset, ut condemnari debeat; et hoc est, quod antea vulgo dicebatur, omnia judicia absolutoria esse". — Quae Gaji verba, quantum ad propositum nostrum, per se ipsa sufficiunt. Quare nil jam addam neque de arbitrario, neque de absolutorio judicio; ne novum potius opus aggredi, quam susceptum finire videar. —

CORRIGENDA.

P. 8. l. 3. *del.* idem *et pro* ipse *scr.* idem. — P. 11. l. 29. *pro* ; *pon.* ,. — P. 12. l. 17. quid *pro* qui. — P. 13. l. 3. a *pro* ab, — P. 17. l. 21. ut *pro* tu. — P. 18. l. 9. aequitatem *pro* aquitatem. — P. 18. l. 34. rhetoribus *pro* oratoribus. — P. 22. l. 13. *ante* eundem *add.* quam. — P. 25. l. 22. aliquatenus *pro* aliquotenus. — P. 29. l. 21. *ante* praetori *add.* quod. — P. 31. l. 10. aebutiam *pro* albutiam. — P. 32. l. 3. e. *pro* c. — P. 34. l. 26. praede *pro* pracde. — P. 36. l. 11. causae *pro* causas. — P. 36. l. 15. Domnion *pro* Damnion. — P. 38. l. 26. aequitatem *pro* aequitate. — P. 38. l. 27. regulas *pro* regulis. — P. 43. l. 6. Quum *pro* Quam. — P. 47. l. 35. , *pro* ;. — P. 51. l. 7. cive *pro* civi. — P. 52. l. 6. *post* Id *add.* in. — P. 54. l. 2. *pro* , *scr.* ex *ante* lege. — P. 55. l. 26. amissa *pro* omissa. — P. 56. l. 6. Quo modo *pro* Quomodo. — P. 57. l. 11. forma *pro* forum. — P. 58. l. 32. postea *pro* postca. — P. 59. l. 27. condictionem *pro* conditionem. — P. 60. l. 4. erit *pro* crit: *et del.* — —. — P. 61. l. 5. dabatur *pro* debatur. — P. 63. l. 3. aliquatenus *pro* aliquotenus. — P. 67. l. 11. *post* precario *add.* ab. — P. 67. l. 21. interdicto *pro* interdicta. — P. 68. l. 4. virginiana *pro* Virginiana. — P. 87. l. 11. arbitriis *pro* arbitrariis. — P. 94. l. 34. condictionem *pro* condictione. — P. 96. l. 18. imperabat *pro* impera. — P. 100. l. 20. executionis *pro* executivum. — P. 103. l. 4. cujus *pro* quod. — P. 107. l. 9. *del.* tum. — P. 113. l. 34. foeneratores *pro* faeneratores. — P. 115. l. 17. foeneratoris *pro* faeneratoris. — P. 121. l. 30. Romani *pro* Romam. — P. 121. l. 31. adducere *pro* addicere. — P. 125. l. 10. magistrum *pro* magistratum. — P. 127. l. 22. iniquissima *pro* inquissima. — P. 131. l. 9. noluerit *pro* voluerit. — P. 136. l. 9. beneficium *pro* bcneficium. — P. 143. l. 4. et *pro* e. — P. 147. l. 12. impetranda *pro* imputranda: *et* factum *pro* factem. — P. 153. l. 16. sumpsisse *pro* sumpisse. — P. 163. l. 13. In usufructu *pro* Usufructu. — P. 163. l. 33. condemnatione *pro* condemnationem. — P. 176. l. 19. per solutionem *pro* quum non sint fungibiles. — P. 176. l. 28. condictionis *pro* condictiones. — P. 176. l. 33. libellam *pro* libellum. — P. 177. l. 21. plurimi *pro* plurium. — P. 191. l. 10. ad *pro* et. — P. 192. l. 2. de *pro* D. — P. 192. l. 10. nemo negabit *pro* nemon egabit. — P. 192. l. 19. laudare *pro* laudandi. — P. 194. l. 35. nec *pro* et: l. 36. totum *pro* totam. — P. 196. l. 16. quum *pro* quam. — P. 200. l. 23. prorsus *pro* porro: l. 29. Püttmann *pro* Pütter: l. 30. II *pro* XII. — P. 201. l. 10. prorsus *pro* porro. — P. 202. l. 1. diversitas *pro* divcrsitas. — P. 203. l. 30. c. d. c. n. s. *pro* C. etc. — P. 205. l. 3. pocula i. facta *pro* poculo i. facto. — P. 206. l. 15. esse *pro* csse: l. 23. Bonae *pro* Romae. — P. 224. l. 15. Julianus

pro Justinianus. — P. 242. l. 5. quae *pro* quod. — P. 243. l. 1. immutandam *pro* immu andam. — P. 246. l. 19. conditio *pro* condictio. — P. 247. l. 8. vero *pro* veram. — P. 250. l. 35. servus *pro* scrvus. — P. 253. l. 23. commodati *pro* de precar. — P. 254. l. 6. quum *pro* quam: l. 22. conditio *pro* condictio. — P. 255. l. 27. urgeor *pro* urgeori. — P. 256. l. 33. veteres *pro* vetores. — P. 262. l. 31. quidam *pro* quidem. — P. 267. l. 9. continenti *pro* continenti. — P. 269. l. 16. innominatis *pro* innominatis. — P. 270. l. 7. aliquatenus *pro* aliquotenus. — P. 274. l. 18. meque *pro* neque. — P. 283. l. 8. in *pro* Iu. — P. 288. l. 30. cum *pro* cum. — P. 290. l. 14. etiam *pro* et in. — P. 291. l. 32. in *pro* id. — P. 293. l. 12. prima *pro* primae. — P. 295. l. 16. observare *pro* observari. — P. 299. l. 4. Julianus *pro* Sabinus. — P. 300. l. 33. . *pro* ,. — P. 304. l. 27. Maximinianus *pro* Maximilianus. — P. 305. l. 3. hereditatem *pro* hereditaem. — P. 324. l. 14. furtivae *pro* furtiva. — P. 329. l. 30. quae *pro* qua. — P. 332. l. 34. sine *pro* sive. — P. 334. l. 20. *post* injuria *add.* dati. — P. 336. l. 36. *post* igitur *add.* secundum. — P. 337. l. 2. Quod si *pro* Quodsi — P. 338. l. 36. praeturam *pro* praesturam. — P. 340. l. 31. §. 5. I. *pro* §. 57. — P. 340. l. 34. Titium *pro* Titiw. — P. 341. l. 27. condictione *pro* condictionem.